

# Derechos humanos, democracia y poder judicial

Oscar Alexis Agudelo Giraldo (ed.)

Flor María Ávila Hernández

Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Jorge Enrique León Molina

José Vicente Villalobos Antúnez

Gustavo Machado

Luis Romero Neces

Dimitri Endrizzi

Camilo Humberto Prieto Fetiva

## FILOSOFÍA 7

JUS-Filosofía y teoría del derecho es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas de la teoría y la filosofía del derecho; propicia y abre espacios para la investigación y la discusión de la filosofía, la teoría y la lógica aplicadas al derecho.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en estas áreas, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y al avance de las discusiones teóricas y filosóficas en el campo del derecho.

#### OTROS TÍTULOS EN ESTA COLECCIÓN:

- Filosofía del derecho
- Lógica aplicada al razonamiento del derecho (2da edición)
- Teoría jurídica y enseñanza del derecho
- La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación
- Máscaras de guerra. Cine bélico y bioética del derecho internacional

#### Oscar Alexis Agudelo Giraldo

Investigador. Experto en asuntos de metodología de la investigación jurídica. Especialización en lógica de los sistemas jurídicos, en teoría y argumentación jurídica y en neoconstitucionalismo. Profesor de Teoría del Derecho y Metodología de la investigación - Facultad de Derecho / Universidad Católica de Colombia.  
oaagudelo@ucatolica.edu.co

#### Flor María Ávila Hernández

Abogada y Magister en Ciencias Políticas y Derecho Público de la Universidad del Zulia. Especialista en Derecho Constitucional. Doctora en Filosofía de los Derechos Humanos de la Universidad de Nápoles, Federico II. Postdoctora en Derechos Humanos. Conferencista internacional e investigadora en derechos humanos.  
ivvillalobos@gmail.com

#### Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Docente-investigador perteneciente al Grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad Católica de Colombia. Investigador en temas como teoría del Derecho y lógica jurídica. Abogado consultor y litigante.  
maprieto@ucatolica.edu.co

#### Jorge Enrique León Molina

Docente-Investigador perteneciente al Grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad Católica de Colombia. Investigador en temas como teoría del Derecho, filosofía del Derecho y lógica jurídica.  
jeleon@ucatolica.edu.co

#### José Vicente Villalobos Antúnez

Abogado, Filósofo, Doctor en Derecho y Postdoctor en Ciencias Humanas de la Universidad del Zulia. Postdoctor en Gerencia de las Organizaciones. Editor de la Revista Opción de Ciencias Humanas y Sociales. Conferencista Internacional.  
jvillalobos@gmail.com

#### Gustavo Machado

Magíster en Teoría y Política Económica de la Universidad Central de Venezuela. Jefe del Departamento de Estudios Macroeconómicos y del Desarrollo del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales y Director de Investigación e Innovación del Instituto de Gerencia y Estrategia de la Universidad del Zulia. Conferencista internacional.  
gustavo.machado1974@gmail.com

#### Luis Romero Neces

Licenciado en Lenguas Modernas, Abogado y Doctor en Ciencias Humanas de la Universidad del Zulia. Miembro del Comité Académico de la Revista Opción.  
luisromero7@gmail.com

#### Dimitri Endrizzi

Ph.D. en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. Sociólogo y Magister en Sociología de la Università degli Studi di Trento, Italia. Investigador de asuntos migratorios en el Museo de Historia de Trento, Italia. Docente-investigador y miembro del grupo de investigación Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Católica de Colombia.  
dendrizzi@ucatolica.edu.co

#### Camilo Humberto Prieto Fetiva

Abogado y Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica de Colombia.  
examilohumberto@hotmail.com

Oscar Alexis Agudelo Giraldo (ed.) • Flor María Ávila Hernández  
Manuel Asdrúbal Prieto Salas • Jorge Enrique León Molina  
José Vicente Villalobos Antúnez • Gustavo Machado • Luis Romero Neces  
Dimitri Endrizzi • Camilo Humberto Prieto Fetiva

# Derechos humanos, democracia y poder judicial



## FILOSOFÍA 7



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

Ávila Hernández, Flor María

Derechos humanos, democracia y poder judicial / Flor María Ávila Hernández, Manuel Asdrúbal Prieto Salas, Jorge Enrique León Molina, José Vicente Villalobos Antúnez, Gustavo Machado, Luis Romero Neces, Dimitri Endrizzi, Camilo Humberto Prieto Fetiva; Oscar Alexis Agudelo Giraldo (editor). – Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2020

160 páginas. – (Jus Filosofía ; no. 7)

ISBN: 978-958-5133-01-3 (impreso)

978-958-5133-02-0 (digital)

I. Título II. Serie. III. Prieto Salas, Manuel Asdrúbal IV. León Molina, Jorge Enrique V. Villalobos Antúnez, José Vicente VI. Machado, Gustavo VII., Romero Neces, Luis VIII Endrizzi, Dimitri IX. Prieto Fetiva, Camilo Humberto X. Agudelo Giraldo, Oscar Alexis (editor)

1. Derechos humanos 2. Democracia

Dewey 323.4 SCDD ed. 21

## Proceso de arbitraje

1<sup>er</sup> concepto

Evaluación: 23 de abril de 2019

2<sup>do</sup> concepto

Evaluación: 6 de agosto de 2019

- © Universidad Católica de Colombia
- © Oscar Alexis Agudelo Giraldo (ed.)
- © Flor María Ávila Hernández
- © Manuel Asdrúbal Prieto Salas
- © Jorge Enrique León Molina
- © José Vicente Villalobos Antúnez
- © Gustavo Machado
- © Luis Romero Neces
- © Dimitri Endrizzi
- © Camilo Humberto Prieto Fetiva

Primera edición, Bogotá, D. C.  
Julio de 2020

### *Dirección Editorial*

Stella Valbuena García

### *Coordinación Editorial*

María Paula Godoy Casasbuenas

### *Corrección de estilo*

Ángela Patricia Robles Laguna

### *Diseño de colección*

Juanita Isaza

### *Diagramación*

Mauricio Salamanca

### *Publicación digital*

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

### *Impresión*

Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A. S..

Bogotá, D. C., Colombia

## Cómo citar esta obra

En APA:

Ávila Hernández, F. M., Prieto Salas, M. A., León Molina, J. E., Villalobos Antúnez, J. V., Machado, G., Romero Neces, L., Endrizzi, D., Prieto Fetiva, C. H. (2020). *Derechos humanos, democracia y poder judicial*. (O. A. Agudelo Giraldo, Ed.). Editorial Universidad Católica de Colombia.  
<https://doi.org/10.14718/9789585133020.2020>

En Chicago:

Ávila Hernández, Flor María, Manuel Asdrúbal Prieto Salas, Jorge Enrique León Molina, José Vicente Villalobos Antúnez, Gustavo Machado, Luis Romero Neces, Dimitri Endrizzi, Camilo Humberto Prieto Fetiva. *Derechos humanos, democracia y poder judicial*. Editado por Oscar Alexis Agudelo Giraldo. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2020.  
doi: 10.14718/9789585133020.2020

## Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

[derecho@ucatolica.edu.co](mailto:derecho@ucatolica.edu.co)

## Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

[editorial@ucatolica.edu.co](mailto:editorial@ucatolica.edu.co)

[www.ucatolica.edu.co](http://www.ucatolica.edu.co)

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vigilada Mineducación

**Facultad de Derecho**

**Grupo de investigación**  
**Phronesis**

**Línea de investigación**  
- Lógica de los sistemas jurídicos  
- Teoría jurídica, filosofía del derecho y argumentación jurídica

**Proyecto de investigación**  
Metodología y paradigmas de la investigación jurídica. Fase 2



## Resumen

Esta obra presenta un análisis correlacional de los conceptos democracia, poder judicial y derechos humanos. Para ello, emplea la noción de legitimidad democrática como eje transversal que permite pensar los matices del lenguaje, la óptica moral de los derechos humanos, las condiciones mínimas del poder democrático como una representación argumentativa, la doble tensión de la democracia respecto a los precompromisos constitucionales y el poder judicial ejercido por vía de la revisión judicial de las leyes. Asimismo, concluye con la necesidad de optar por un modelo de sustantivismo débil que pregona la figura de un constitucionalismo democrático.

### *Palabras clave*

Democracia, derechos humanos, poder judicial, constitución, semiótica.

## **Abstract**

This book introduces an analysis of the interrelationships among democracy, judiciary and human rights. It uses the notion of democratic legitimacy as a central concept to think the following: some aspects of language; the ontic of morals related to human rights; minimal conditions of democratic power as an argumentative representation; and, tension between democracy and constitutional pre-commitments related to judiciary power which performs a legal inspection of the law. It concludes with the necessity to adapt a weak substantivist model in order to state a democratic constitutionalism.

## *Keywords*

Democracy, human rights, judiciary, constitution, semiotics



## CONTENIDO

<b>Introducción.....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo 1. Semiótica y derechos humanos.....</b>	<b>15</b>
Aspectos generales de la semiótica .....	15
La semiótica en el lenguaje del Derecho .....	17
La semiótica en el lenguaje de los juristas .....	19
La semiótica de las expresiones normativas llamadas derechos humanos.....	20
Problemas lingüísticos en las expresiones llamadas derechos humanos.....	21
La semántica de los derechos humanos .....	25
La sintáctica de los derechos humanos como derechos fundamentales .....	33
Las reglas de formación .....	35
Las reglas de transformación .....	36
La pragmática de los derechos humanos como derechos fundamentales .....	38
Conclusiones .....	40
Referencias .....	41
<b>Capítulo 2. Calificación lógico-moral de los derechos humanos.....</b>	<b>43</b>
Introducción.....	43
Derechos humanos: peculiaridades iusfilosóficas .....	44
Naturalismo, positivismo y derechos humanos .....	47
Anotaciones para la calificación lógico-jurídica de los derechos humanos .....	48
Calificación moral de los derechos humanos .....	51
Conclusiones .....	54
Referencias .....	54

<b>Capítulo 3. Las dimensiones de la calidad democrática: un análisis metodológico de la propuesta de Leonardo Morlino</b> .....	57
Un cambio de objeto de estudio en la Ciencia Política .....	57
De la definición del concepto .....	59
La segmentación del concepto .....	63
Conclusiones .....	70
Referencias .....	71
<b>Capítulo 4. ¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?</b>	
<b>Aportes para una reconciliación entre democracia y constitucionalismo</b> .....	75
Introducción .....	75
Metodología .....	77
Postura democrática .....	77
Postura constitucionalista .....	84
Constitucionalismo democrático como solución alternativa a la tensión entre democracia y constitucionalismo .....	88
Conclusiones .....	93
Referencias .....	94
<b>Capítulo 5. ¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?</b> .....	101
Introducción .....	101
Las objeciones al control de constitucionalidad fuerte .....	104
Alternativas: mayoría calificada, control constitucional popular y jurados constitucionales .....	111
En defensa del control de constitucionalidad fuerte: la idea de representación argumentativa .....	113
Conclusiones .....	116
Referencias .....	117
<b>Capítulo 6. El sistema de nominación del poder judicial y su influencia en el sistema político.</b>	
<b>El caso Venezuela: falencias y desafíos</b> .....	121
Introducción .....	121
El gobierno judicial. Consideraciones sobre <i>independencia y autonomía</i> .....	125
Un referente necesario .....	129
El sistema de nominación en la Ley de Carrera Judicial de 1980 y su Reforma de 1998 .....	131
El actual sistema de nominación de jueces en Venezuela, en la Constitución de 1999 .....	137
Crisis del sistema judicial venezolano .....	142

Críticas al modelo basado en la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, no previsto en la Constitución de 1999 .....	146
Análisis de los requerimientos para ser magistrado en Venezuela .....	152
Reflexiones finales .....	155
Referencias .....	155



# INTRODUCCIÓN

Oscar Agudelo G.\*

El binomio derechos humanos-democracia resulta inescindible en las condiciones de legitimidad de los Estados modernos. Sin embargo, el arquetipo original del Estado de Derecho, vislumbrado en la concepción liberal, se resquebraja en las democracias occidentales bajo dos supuestos: por una parte, la denominada fenomenología de la ilegalidad del poder y, por otra, los fenómenos de creación judicial del Derecho.

En la desconcentración tripartita del poder, vista en las fórmulas de la tradición liberal, no se vislumbra la ausencia de control sobre la autoridad del Derecho —investida por normas de competencia (fenomenología de la ilegalidad del poder)—, en la cual se refleja, desde el punto de vista de la legislación, la ausencia de representación democrática. Por otro lado, siendo correlativa la existencia del Estado Liberal de Derecho con el positivismo jurídico en sus formas clásicas —entre ellas el formalismo jurídico—, no es objeto de consideración la posibilidad de que el juez constitucional, al ejercer un poder contramayoritario sobre la democracia de masas, dé origen a formas de normatividad por vía de decisión judicial, siendo esta una consecuencia de la textura abierta de las normas de competencia.

---

\* Investigador del grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, adscrito a la Universidad Católica de Colombia. Contacto: oaagudelo@ucatolica.edu.co. Bogotá DC., Colombia.

Por lo tanto, la democracia, vista como el ejercicio de un derecho humano —*equal concernity*—, resulta transversal en el ejercicio del poder público, de tal manera que ya no se matiza con exclusividad en el ejercicio de la legislación, sino que, además, apareja en condiciones de legitimidad estatal a la acción judicial y administrativa gubernamental, como lo sugieren las teorías contemporáneas de la justicia.

Siendo la democracia un eje de transversalización en el ejercicio del poder público, es importante cruzar las áreas de conocimiento que, sin ser ciudades amuralladas, han escalonado la Teoría del Poder. Entre ellas, sobresalen la Filosofía Política, la Teoría Jurídica, los métodos economicistas, la Filosofía del Derecho y los ismos constitucionales (constitucionalismo, neoconstitucionalismo), etc.

En la presente obra, titulada *Derechos humanos, democracia y poder judicial*, los autores, recurriendo a la transversalización teórico-metodológica de la democracia, delimitan el contenido de los derechos humanos, describen las condiciones de democratización de los sistemas jurídico-políticos y sintetizan la relación entre democracia y derechos humanos en el lenguaje del operador jurídico.

Así, en el Capítulo 1, *Semiótica y derechos humanos*, se parte de la performatividad y operatividad del lenguaje de los bienes básicos. El operador jurídico, al delimitar su contenido, debe recurrir a su construcción sintáctica y semántica, apostando por una interpretación constructiva en modalidad de dimensión pragmática del código semiótico.

Dando continuidad al apartado anterior, en el Capítulo 2, *Calificación lógico-moral de los derechos humanos*, se analiza el contenido de los derechos humanos, recurriendo a su naturaleza moral. Para esto, se emplea una fórmula postpositivista, dada en el Positivismo Jurídico Incluyente.

Más adelante, en el Capítulo 3, *Las dimensiones de la calidad democrática: un análisis metodológico de la propuesta de Leonardo Molino*, se presenta una investigación de las condiciones mínimas de democracia, por vía de la fórmula moderna de democratización. Los derechos humanos, desde el punto de vista de su reconocimiento, requieren, en última instancia, una categoría moral. El filósofo de Königsberg arraigaba una doble exigencia para el sistema de Derecho: legalidad y moralidad. De esta forma, la democracia aparece, recurriendo a la teoría del discurso práctico racional, como una condición mínima moral del Derecho, suponiendo una condición mínima de legitimidad estatal en términos hoffedianos.

Continuando, en el Capítulo 4, *¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas? Aportes para una reconciliación entre democracia y constitucionalismo*, se proyecta la necesidad de un constitucionalismo democrático como freno a la tensión entre constitucionalismo y democracia, en virtud de la paradoja democrática. Por supuesto, las condiciones de democracia, recurriendo de nuevo a la Teoría del Discurso Práctico Racional, supondrán la legitimidad vinculante del ejercicio democrático ciudadano sobre la acción estatal.

Luego, en el Capítulo 5, *¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?*, se analiza si efectivamente el ejercicio del control de constitucionalidad goza de legitimidad y si esta es, o no, una condición necesaria, siendo un problema de validancia. Lo anterior supone que, en el ejercicio deliberativo de la democracia, los participantes pueden discrepar, dando lugar a lo que en Filosofía Política ha sido denominado como “Derecho y desacuerdos”, y que está sustentado, desde los inicios de la fórmula utilitarista, como la tensión entre intereses mayoritarios y minoritarios, resueltos ciertas veces en el ejercicio del poder de los Tribunales Constitucionales.

Finalmente, el Capítulo 6, *El sistema de nominación del poder judicial y su influencia en el sistema político: el caso Venezuela. Falencias y desafíos*, tiene por objeto el análisis de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, el cual implica revisar, en términos de legalidad, los fundamentos del sistema de nominación de los jueces.

La totalidad de la obra se presenta como el resultado de la investigación vinculada al proyecto *Metodología y paradigmas de la investigación jurídica. Fase 2*, del Grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.





APA: Prieto Salas, M. A. (2020). Semiótica y derechos humanos. En O. A. Agudelo Giraldo (Ed.), *Derechos humanos, democracia y poder judicial* (págs. 15-42). Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133020.2020.1>

Chicago: Prieto Salas, Manuel Asdrúbal, “Semiótica y derechos humanos.” En *Derechos humanos, democracia y poder judicial*, editado por Oscar Alexis Agudelo Giraldo, 15-42. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2020. doi: 10.14718/9789585133020.2020.1

# SEMIÓTICA Y DERECHOS HUMANOS

Manuel Asdrúbal Prieto Salas\*

1

## Aspectos generales de la semiótica

Desde la creación de la semiótica como disciplina, por parte de John Locke, esta ha pasado a tomar un lugar relevante en los diferentes campos del conocimiento humano. Su evolución trasciende el metalenguaje de las matemáticas, logrando penetrar en el discurso de las Ciencias Sociales, entre las que se encuentran el Derecho y la Sociología. Esto ha sido posible gracias a los aportes de grandes pensadores, como Charles Sanders Pierce, Bertrand Russell, Rudolph Carnap y Charles William Morris, quienes lograron determinar que la semiótica precedía a las relaciones aritméticas básicas (Kalinowski & Landowski, 1990).

Esta primera ola de semiólogos se enfocó en el desarrollo de dos de sus dimensiones más conocidas, la semántica y la sintáctica. Sin embargo, tiempo después, el filósofo Richard Montague comprendió que la relación más importante de los signos no está entre ellos mismos, ni tampoco con su significación, sino que estos necesitan de un intérprete, que tiene la función de organizar dichas dimensiones semióticas (Kalinowski & Landowski, 1990).

---

\* Docente de Lógica Jurídica. Universidad Católica de Colombia.

Gracias al aporte de Montague se lograron establecer las tres dimensiones básicas, o ramas de la semiótica general, que son: la sintáctica, que estudia la relación de unos signos con otros, o los sistemas de signos; la semántica, que estudia la relación de los signos con sus designaciones; y la pragmática, que estudia la relación de los signos con sus respectivos intérpretes (Gianella de Salama, 1986).

Ahora bien, de la operatividad de esta ciencia formal al lenguaje jurídico, surgen los siguientes interrogantes: ¿cómo se aplica la semiótica al Derecho? ¿Cómo opera la semiótica en los diferentes niveles normativo-jurídicos? Y, ¿es posible describir semióticamente los derechos humanos? La solución a todas estas inquietudes, especialmente a la tercera, es el objeto de esta investigación. En torno a las dos primeras preguntas existen grandes obras, entre las que está la del maestro Kalinowski. No obstante, respecto a la última pregunta formulada, la literatura existente se concentra exclusivamente en la dimensión semántica de los derechos humanos.

Inicialmente se debe distinguir entre los métodos de la filosofía del lenguaje científico y los de la filosofía del lenguaje jurídico. Las bases de la primera fueron diseñadas por los neopositivistas del Círculo de Viena, quienes sostenían que la utilidad de la filosofía debía restringirse al análisis lógico de las proposiciones que componen el lenguaje de una ciencia específica. Lo anterior, partiendo de proposiciones protocolarias que se adquieren de la experiencia sensible, para que de ellas se deriven otras secundarias, a través de las reglas de inferencia lógica (Kalinowski, 1973).

Bajo esta posición, la lógica y las matemáticas no son consideradas ciencias, ya que no están formadas por proposiciones protocolarias, siendo así reducidas a simples herramientas del saber humano. Pero las críticas formuladas por Karl Popper al método del positivismo lógico demostraron la imposibilidad de obtener proposiciones protocolarias por medio de la verificación empírica. De ese modo, la tradición de la verificación empírica es remplazada por la falsabilidad popperiana que, además, clarifica que la metafísica es importante para todo lenguaje bien formado (Mardones & Ursúa, 2012).

Algunas de las consecuencias de la filosofía de Popper fueron el rescate de la lógica y la matemática como ciencias formales y la ampliación del campo de estudio de las filosofías científicas. Ejemplo de ello es que, en el mundo del Derecho, los objetos de estudio de la Filosofía del Derecho distan de ser análisis

lógicos de las proposiciones jurídicas, sino que estos abarcan muchos más temas, como la Teoría de la Justicia, el concepto del Derecho desarrollado por filósofos y la Teoría de la Legitimidad de los Ordenamientos Jurídicos (Guastini, 2011).

De hecho, el desarrollo de la semiótica jurídica, así como de la lógica de los sistemas normativos, es objeto de estudio de la Teoría del Derecho producida por juristas (Guastini, 2011). Además, otro gran problema emergente en la aplicabilidad del modelo semiótico neopositivista al Derecho, es que este no diferencia entre el lenguaje de los juristas y el lenguaje del Derecho propiamente dicho (Kalinowski, 1973).

### **La semiótica en el lenguaje del Derecho**

El lenguaje del Derecho es definido por Kalinowski (1973) como aquel donde el legislador enuncia-crea la regla jurídica, la cual compete al denominado enunciado jurídico. No obstante, en esta fase todavía no se habla de proposiciones jurídicas, ya que estas son la significación misma del enunciado (Echave, Urquijo & Guibourg, 2008). Precisamente, y a diferencia de otras ciencias que generan su propio léxico, de la identificación proposicional se evidencia que los términos usados en las normas jurídicas no son creados por el mismo Derecho. Estos son introducidos por el legislador con la significación propia de su lenguaje de origen.

A pesar de ello, existen términos que son inventados por el mismo Derecho a través de las denominadas normas determinativas, que se caracterizan por conceptualizar, mas no por ordenar (Von Wright, 1979). La búsqueda de significación a lo expresado en las reglas jurídicas lleva a que los intérpretes puedan deducir nuevas normas de dichos enunciados, para adaptarlos a nuevas realidades sociales (Kalinowski, 1973).

Además de las definiciones explícitas determinativas, existen también expresiones implícitas del “deber ser”, como la permisión, la obligación, la prohibición y la facultad (Von Wright, 1951). En la mayoría de los eventos, estas no se encuentran en la sintaxis de las reglas, sino que es función del intérprete lograr deducirlas. Por ejemplo, cuando la regla establece: “El que matare a otro incurrirá en una pena privativa de la libertad de 10-47 años”, existe una obligación implícita dirigida a un sujeto normativo específico, que en este caso es el juez penal,

toda vez que solo él posee la obligación de hacer efectiva la pena al corroborar los hechos (Prieto, 2015).

No solo las expresiones implícitas afectan a los intérpretes del Derecho, ocurre lo mismo con las explícitas, lo que lleva a que cada vez que determinado agente esté en frente de una expresión creada por una norma determinativa, deberá usarla con esa significación artificial en todos los casos relevantes para el sistema jurídico (Kalinowski, 1973).

Ahora bien, teniendo claridad sobre las expresiones que hacen parte del lenguaje del Derecho, es posible identificar su funcionamiento desde las distintas dimensiones del proceso semiótico, como la pragmática, la semántica y la sintáctica. En primer lugar, la dimensión pragmática del Derecho es definida como la relación de sus expresiones con los sujetos que las enuncian (Kalinowski, 1973), en otras palabras, se centra en la relación del legislador con sus enunciados. Sin embargo, esta definición puede simplificar y omitir detalles importantes de la comunicación básica. Lo anterior, puesto que los intérpretes no necesariamente tienen que ocupar la posición de los emisores en la relación comunicativa, de hecho, también pueden ocupar la de los receptores. En la Teoría Jurídica, estos últimos son denominados como sujetos normativos (Von Wright, 2001).

Incluso la versión simplista de la pragmática jurídica no es tan clara, porque la posición del legislador como fuente única del Derecho es obsoleta, teniendo en cuenta que en la actualidad existen diversas fuentes distintas de la ley y cada una de ellas cuenta con su propio emisor. Por su parte, Kalinowski (1973) sostiene que hay tantos emisores como corrientes de pensamiento jurídico, debido a que el legislador, para un iusnaturalista, no puede ser el mismo que para un iuspositivista. En conclusión, se puede sostener que la pragmática del lenguaje del Derecho estudia la relación de las expresiones jurídicas, ya sea con sus emisores o con sus destinatarios.

En segundo lugar, la semántica del Derecho se enfoca en la distinción entre el enunciado normativo y su respectivo significado –también llamado proposición normativa–. Hay que tener en cuenta que estos no son términos sinónimos, puesto que los enunciados normativo-jurídicos se refieren a las oraciones emitidas por los legisladores en ejercicio de sus funciones, y estos, como toda oración, significan algo. Precisamente su significado es lo que se conoce como proposición (Echave, Urquijo & Guibourg, 2008).

Pero en el campo del Derecho existe una dificultad adicional a la de la semiótica tradicional, que se refiere a la falta de técnica legislativa en la redacción de reglas jurídicas. La ausencia de racionalidad en esta técnica, desemboca en un trabajo interpretativo desgastante, que en muchas ocasiones lleva a designaciones innecesarias de los enunciados normativos (Campos, 2006). Por otra parte, cuando se reúnen los requisitos mínimos de racionalidad, esto no implica que la labor identificativa de significación sea menos exigente. Como se relacionó anteriormente, la mayoría de enunciados normativos no formulan su carácter deóntico expresamente o, en otras palabras, la proposición jurídica, por lo que la mayor parte de la labor hermenéutica de los intérpretes del Derecho consiste en descifrarla (Kalinowski, 1995).

En tercer lugar, las teorías tradicionales de la sintaxis jurídica son bastante equívocas respecto a su descripción funcional. Esto se debe a que sostienen que las formulaciones que no poseen la sintaxis de norma, no pueden ser consideradas reglas jurídicas genuinas. La afirmación es problemática, por lo que se ha mencionado a lo largo de este apartado, y es que la mayoría de los enunciados normativos, en los ordenamientos jurídicos actuales, omiten usar el lenguaje prescriptivo para la redacción de reglas. Sin embargo, esto no significa que no pertenezcan al Derecho, razón por la que la juridicidad de una regla no se puede determinar de acuerdo a su manejo de una sintaxis adecuada. A pesar de ello, los problemas interpretativos de identificación proposicional deben ser resueltos a través de una técnica legislativa racional, so pena de que dicho enunciado sea incomprensible y a la vez insatisfactorio (Campos, 2006).

### **La semiótica en el lenguaje de los juristas**

Por otra parte, Kalinowski (1973) resalta un nuevo tipo de lenguaje que está presente en la semiótica jurídica, el llamado lenguaje de los juristas. Este se caracteriza por ser de una riqueza gramatical más amplia que el del Derecho. El de los juristas funciona como un metalenguaje, desarrollado sobre la proposición normativa, siendo en muchos casos descriptivo y no prescriptivo, porque sus formulaciones se hacen a nivel teórico o dogmático.

Algunos semiólogos del Derecho, incluyendo a Von Wright, Landowski y Kalinowski, sostienen erróneamente que el lenguaje de los jueces como juristas

no produce una norma genuina. No obstante, las formalizaciones de estos grandes pensadores no toman en cuenta, por cuestiones históricas, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho, el cual amplía el poder prescriptivo de las sentencias de esta índole, afectando no solo a las partes, sino también sus motivaciones, que deben ser atendidas por el conglomerado social. Además, en los sistemas constitucionalizados, las altas cortes asumen la posición de legislador negativo (Prieto, 2016).

A pesar de todo, dicha propuesta es superior a la de autores como Cruz Parceró, quien sostiene que los juristas son todos los habitantes del mundo (Courtis, 2006), ignorando que una cosa es actuar como sujeto normativo y otra muy distinta es desarrollar un metalenguaje del Derecho, en otras palabras, no es lo mismo obedecer que describir las causas y efectos de la obediencia.

### **La semiótica de las expresiones normativas llamadas derechos humanos**

Lastimosamente, las teorías formalizadoras desarrolladas a mediados del siglo xx solo pueden dar cuenta de las expresiones jurídicas más básicas, o sea, de las llamadas reglas, conllevando una serie de limitaciones respecto a algunos fenómenos jurídicos, entre los cuales se encuentran las expresiones normativas llamadas principios. La posibilidad de formalizar este último tipo de entidad normativa es indispensable para trabajar la semiótica de los derechos humanos, toda vez que sintácticamente se corresponden.

Los usos emotivos de este tipo de expresiones, aunados a las percepciones disímiles que tienen las diversas corrientes del pensamiento jurídico, dificultan la elaboración de un concepto unívoco sobre los derechos humanos. Sin embargo, el jurista Gregorio Peces-Barba (1995) ha logrado decantar varias descripciones, que no son acordes con el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos actuales.

Las críticas de Peces-Barba van enfocadas a los problemas lingüísticos que subyacen al definir los derechos humanos como un producto del derecho natural, como un tipo de derechos públicos subjetivos, como formas de libertades públicas y como rama de la moral convencional. Según él, todas estas corrientes jurídicas no son objetivas en los diseños semánticos de los signos jurídicos, sino que tienen fuertes vínculos con cuestiones culturales, explicaciones históricas e

ideológicas, etc., factores que imposibilitan la formulación de un concepto universal y objetivo de los derechos humanos (Peces-Barba, 1995).

Tradicionalmente, los derechos humanos poseen dos nociones comunes, ampliamente reconocidas, que, desde una perspectiva lingüística, no son de utilidad en la construcción de un concepto inequívoco. La primera de estas nociones afirma que los derechos humanos son la materialización de una pretensión moral fuerte que busca dignificar al hombre. Bajo esta postura, dichos derechos sobrepasan los ordenamientos jurídicos locales, al punto de que aunque estos no hayan sido reconocidos en ninguna codificación, todos los ciudadanos de un Estado tienen la facultad para ejercerlos sin coacción alguna. Incluso, si existiese alguna prohibición para su ejercicio, esta no representaría ningún impedimento por su carácter supranacional.

La segunda noción afirma que los llamados derechos humanos ya están reconocidos en el acápite de los derechos fundamentales, consignados en las constituciones nacionales de los Estados contemporáneos occidentalizados. De igual manera, están debidamente protegidos por garantías constitucionales, como la acción de amparo (España) o la acción de tutela (Colombia) (Peces-Barba, 1995).

Un análisis detallado de estas dos posiciones tradicionales revela que ambas son incompatibles entre sí, ya que han sido diseñadas por teorías del Derecho disímiles. En cuanto a la primera noción, el modelo que se evidencia es un iusnaturalismo racional, caracterizado principalmente por considerar que existen derechos que son inherentes o innatos a la naturaleza humana. Por ende, para este modelo todos los conjuntos normativos que conforman el corpus del Derecho son simples teoremas, que se desprenden de los axiomas naturales llamados principios universales del hombre (Kant, 2002).

Por otra parte, la segunda noción tradicional corresponde a una postura iuspositivista, que considera que el Derecho no existe si no está previamente axiomatizado en una norma jurídica. Esto conlleva la regionalización del Derecho, dejando en tela de juicio su calificativo humano, que no es una muletilla, sino que posee la pretensión de ser adjudicado y garantizado para toda la especie y no solo para un grupo social determinado (Nino, 2001). El hecho de que exista incompatibilidad conceptual sobre un mismo término, refleja un grave problema de identidad lógica.

## Problemas lingüísticos en las expresiones llamadas derechos humanos

El ejercicio depurativo del concepto derecho humano, para que logre satisfacer mínimamente el criterio de identidad lógica, requiere de la exposición de los problemas que padecen sus distintas versiones, las cuales responden únicamente a una visión sesgada del Derecho, dejando de lado su importancia lingüístico-semántica.

La primera crítica se hace a la visión iusnaturalista de los derechos humanos, ya que ella representa una noción racionalista, que prescinde de los componentes históricos de la realidad social mundial, que dan a conocer estas expresiones jurídicas a la comunidad internacional (Peces-Barba, 1995). Es decir, pensar que su origen es de naturaleza racional implica, ineludiblemente, que cualquier individuo, en cualquier sociedad, ha pensado en ellos independientemente de su situación personal o social, más o menos como sucede con la aritmética, en donde el producto de dos más dos es igual a cuatro, sin importar en qué lugar del globo se esté situado.

Esta postura “racionalista” es fuertemente criticada por Riccardo Guastini (2011), quien desarrolla la tesis débil y debilísima del Derecho, para mostrar la importancia de los sucesos históricos en la construcción e interpretación de los ordenamientos jurídicos. A pesar de las serias críticas que han logrado develar las limitaciones de la descripción naturalista, no se debe ignorar que esta teoría del Derecho ayuda al nacimiento de los grandes axiomas de los derechos humanos. Tómese como ejemplo el concepto de dignidad humana medieval, que junto a su respectiva bifurcación en el principio universal de la igualdad y el principio universal del libre albedrío, es propuesta por el famoso teólogo y filósofo Giovanni Pico Della Mirandola (2004), en una obra naturalista de corte teológico.

Otra perspectiva inadecuada, es la referente a los derechos públicos subjetivos como la versión positivista de los derechos humanos. Esta es desarrollada por la Escuela de Derecho Público Alemán del siglo XIX y se caracteriza principalmente por su riqueza lógica y lingüística. Irónicamente, dichas fortalezas representan uno de sus principales obstáculos para que esta sea considerada el paradigma de los derechos humanos. Lo anterior se debe a que su diseño lingüístico está dirigido a un público académico especializado, siendo inaccesible para los que no están relacionados con los tecnicismos jurídicos. Por ello, a través de



este modelo se omite la condición de acceso “universal” que debe caracterizar a este tipo de expresiones jurídicas (Peces-Barba, 1995).

Además, estos derechos dependen, en gran medida, de la teoría del estatus, que aborda situaciones creadas por el Derecho Objetivo, de las cuales se desprenden los derechos públicos subjetivos. Esta dependencia genera grandes inconvenientes para que sean considerados el prototipo de los derechos humanos, toda vez que la historia misma ha señalado las nefastas consecuencias que surgen de la eliminación del estatus jurídico de la persona (Peces-Barba, 1995). Otro inconveniente que presenta este modelo, es que los derechos públicos subjetivos son limitaciones al ejercicio del poder público, o sea, solo opera contra las entidades estatales, mas no contra particulares. Este último factor no puede ser omitido, ya que es medular para la construcción de una teoría plausible de los derechos humanos (Peces-Barba, 1995).

El otro gran modelo positivista se gesta en Francia, bajo el nombre de libertades públicas. Al igual que la versión alemana, esta es diseñada para positivizar garantías jurídicas que hagan esgrimible el Derecho en contra del Estado, pero, a diferencia de los derechos públicos subjetivos, el lenguaje empleado por los franceses no es tan técnico, lo que permite una mayor difusión (Peces-Barba, 1995).

Además de las versiones naturalistas y positivistas de los derechos humanos, existe en la actualidad el modelo iusmoralista, creado por el jurista norteamericano Ronald Dworkin. Siguiendo las bases rawlsianas, consignadas en la teoría de la justicia, existen unos acuerdos de justicia individuales que, por medio del llamado velo de la ignorancia, permiten la construcción de principios de justicia intersubjetivos (Rawls, 1993). Dworkin considera que, en la fase inicial, lo que conviene no son conceptos de justicia propiamente dichos, sino posiciones morales individuales, las cuales, a la postre y por medio del acuerdo, construyen una moral convencional de la que se desprenderá el derecho (Dworkin, 2007).

Gran parte del desarrollo teórico del iusmoralismo está en la determinación de una posición moral válida, ya que no todas las posiciones individuales pueden ser calificadas de correctas, lo que impide poder presentarlas al debate público político. La “verificación” de la validez moral tiene que satisfacer unos criterios básicos de racionalidad, entre los cuales están:

1. La posición moral no puede basarse en argumentos prejuiciosos, ya que los prejuicios son posturas fundadas en consideraciones superadas por la humanidad;
2. Los odios derivados de la posición moral no pueden estar justificados en aspectos emocionales o fobias;
3. La posición moral no puede estar anclada a situaciones de hecho falsas, o que no admitan verificación empírica;
4. Por último, la posición moral no debe ser una copia injustificada de la posición moral de otro individuo (Prieto, 2015).

Para que la posición individual sea válida, estos cuatro criterios de racionalidad deben ser satisfechos en su totalidad. Sin embargo, según Dworkin, existe una excepción para los criterios tres y cuatro, que se da cuando la posición moral que se copia de otro sujeto proviene de la religión. En dicho evento, el argumento individual puede llegar a ser válido, pero no podrá transgredir los puntos uno y dos (Prieto, 2015).

El cumplimiento de los cuatro criterios de racionalidad desarrolla el campo de la responsabilidad ética del individuo. En esta, los sujetos tienen la obligación de hacer de su vida “algo valioso”, para lograr satisfacer el objetivo universal de “la buena vida”. De la originalidad ética emana la moral individual, siendo fundamental para la creación de esta última (Dworkin, 2014). A través del debate público, una moral subjetiva bien fundamentada posibilita la construcción de la moral convencional, así como la moral política genera una serie de subsistemas dentro los que está el Derecho. Dworkin denomina a este proceso generativo del sistema jurídico como la estructura del árbol (Dworkin, 2014).

A pesar de la intención de Dworkin de separarse teóricamente de las corrientes tradicionales del pensamiento jurídico, al inventar el iusmoralismo, el autor recae en algunas de ellas, ya sea en su etapa formativa o en su etapa operativa. Respecto a su origen, al afirmar que los derechos humanos son previos a toda formación jurídica o estatal, afianza una semejanza con las posturas naturalistas de corte racional y teológico. También hay un gran factor conflictivo a nivel lingüístico, debido a que muchas veces las traducciones que se hacen de las obras anglosajonas llevan a equívocos. Por ejemplo, para los anglosajones los términos “law” y “right” son prácticamente independientes entre sí, en cambio, en América

Latina, así como en Europa Continental, dichos términos son usados sin mucha distinción (Peces-Barba, 1995). Es decir, existen problemas en la correspondencia de la referencia semántica. El conflicto operativo surge al carecer de garantías jurídicas que permitan su exigencia.

Aunque desde la ética del individuo parezca plausible el proceso formativo del derecho, se observa una clara división entre esta Teoría jurídica, las tradiciones históricas y culturales de cada nación y los avances tecnológicos. Dworkin (2014) sostiene, en *Justicia para erizos*, que existen modos de volver objetiva la moralidad, desde una teoría de la verdad insuficiente e incorrecta, que desconoce miles de años de evolución conceptual y que, además, establece valores jurídicos objetivos. Lastimosamente, a pesar de ser una teoría formalmente atractiva, su enfoque es estrictamente sustancial, revelándose su dificultad para lograr adaptarse a otros componentes de realidad humana, distintos a la ética y a la moral, como es el caso de la tecnología. Desde la perspectiva del jurista norteamericano, sería extremadamente complejo hablar de la posibilidad del derecho humano al internet (Peces-Barba, 1995).

La expresión “derecho moral” no puede tomarse emotivamente como algo bueno para todo ordenamiento jurídico, puesto que un análisis detallado revela sus grandes conflictos operativos, al sostener que por medio de los derechos morales se evitan los problemas típicos del positivismo ideológico. Si estos derechos son previos al Estado y al ordenamiento jurídico, entonces son creados, generalmente, a través de la convención social. Si se establece la inviolabilidad de dichas expresiones, incluso haciéndolas contramayoritarias, ¿no surge la posibilidad de que estos derechos iniciales sean la expresión de deseos egoístas? En cuanto a la pregunta, vale recordar la protección jurídica especial de la que goza la propiedad privada en las sociedades liberales, ya que en estas, la mayoría de los miembros carecen de acceso a este derecho por cuestiones fácticas mas no jurídicas (Habermas, 2001).

## La semántica de los derechos humanos

Identificados los límites conceptuales que ofrecen las nociones de derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas y derechos morales, cabe

preguntarse ¿cuál será el modelo jurídico que se adapta mejor al concepto de derechos humanos?

Para empezar, los derechos humanos no pueden ser entendidos como un producto de la moral, pero es evidente que estas expresiones jurídicas aluden a un derecho moralizado (Peces-Barba, 1995). Este hecho abre la posibilidad, como lo expresan Luigi Ferrajoli y Gregorio Peces-Barba, de que sean diseñados lingüísticamente por medio del modelo de los derechos fundamentales.

La plausibilidad de los derechos fundamentales como el paradigma de los derechos humanos radica en que este tipo de expresiones jurídicas poseen una dimensión moral y jurídica formal básica. Estas dos dimensiones son necesarias para la axiomatización de la dignidad humana y su correspondiente operatividad, toda vez que, sin su forma positiva, el derecho carecería de elementos coactivos para garantizar su satisfacción (Peces-Barba, 1995). Además, la flexibilidad de la noción “derechos fundamentales”, permite su adecuación a los tres rasgos conceptuales de los derechos humanos, que son: exigencias éticas justificadas; exigencias éticas especialmente importantes; y garantías de protección jurídica a dichas exigencias.

La justificación e importancia de las exigencias éticas son el primer nivel de una moral convencionalizada. Lograr dichas calificaciones requiere que los productos del acuerdo social se deriven del concepto de dignidad humana. En todo caso, no es suficiente que se logre un simple acuerdo moral, pues este último necesita ser asimilado por el derecho positivo, con el propósito de hacer efectivo el contenido de dichas pretensiones morales (Peces-Barba, 1995). Es decir, se necesita obligatoriamente pasar de una postura naturalista a una forma positiva, a través del proceso de axiomatización. En este sentido, los criterios de valuación de pertenencia al conjunto son los argumentos que justifican la importancia del criterio moral como derivado de la dignidad (Prieto, 2015).

Como se puede observar, este nuevo esquema va más allá de las teorías tradicionales del Derecho, que no logran satisfacer en ningún caso la complejidad estructural de un derecho humano. El problema de las posturas iusnaturalistas e iusmoralistas, es que rechazan vehementemente el Derecho Positivo, incluso el mismo Dworkin se denominaba anti-positivista. Sin embargo, sin una forma axiomatizada dentro de un ordenamiento jurídico, estas expresiones no serían derechos, sino simples críticas morales. El problema del positivismo jurídico radica

en el rechazo de la moral como parte del concepto del derecho y, al referirse exclusivamente a esto, deja de lado el fundamento de las cuestiones conceptuales (Peces-Barba, 1995).

La formulación lingüística de los derechos humanos requiere de una teoría integral, que pueda dar cuenta de sus aspectos conceptuales y fundamentales. En otros términos, debe responder adecuadamente el “para qué” y el “por qué” de este tipo de expresiones jurídicas. Operativamente, la conexión entre estas dos nociones se hace a través del “poder”, el cual es representado por el Estado, transformado, a partir de la modernidad, en el punto de referencia jurídica (Peces-Barba, 1995). Sin el apoyo del Estado, los valores no se convertirían en derechos, ya que estos carecerían de fuerza coactiva, en otras palabras, no podrían exigirse ni tampoco satisfacerse.

La necesidad del poder estatal como agente integrador demuestra otro fallo en la perspectiva de los derechos morales, ya que estos serían inoperantes en la práctica jurídica, toda vez que, si no llegasen a ser positivizados en una constitución política, se transformarían en simples críticas morales carentes de garantías de exigibilidad (Peces-Barba, 1995). La sincretización de estas dos posturas se conoce como la Teoría Dualista de los Derechos Humanos, la cual, a pesar de su riqueza explicativa, tiene falencias por la ausencia de propiedades definitorias.

El éxito de la aproximación lingüística requiere de la introducción de más propiedades, que puedan dar cuenta del fenómeno jurídico en la realidad. Para tal fin, Peces-Barba (1995) sostiene la necesidad de incluir la eficacia jurídica como un tercer elemento de la perspectiva dualista de los derechos humanos. La importancia de esta noción radica en su función conceptual, ya que se circunscribe en la descripción de aspectos sensibles de la operatividad normativa, en otras palabras, es el factor empírico de toda norma (Kelsen, 1986).

Usualmente, en los ordenamientos jurídicos de corte europeo-continental, la eficacia no es vista como un elemento indispensable de validez. O sea, las normas solo necesitan cumplir con los requerimientos de promulgación, establecidos en la Constitución, para existir en el mundo del Derecho. Pero hay expresiones jurídicas, como los derechos humanos, que requieren de la eficacia para validarse en el tiempo (Kelsen, 1986). Esta propiedad relaciona coherentemente el contenido del derecho con su entorno social-empírico, ya que no tendría sentido positivar un derecho con el rango de fundamental, si este es imposible de lograr en el mundo real.

De hecho, la insuficiencia de este elemento ha generado una serie de controversias en torno a la consideración de la “propiedad privada” como un derecho fundamental, puesto que, en el mundo sensual, esta se encuentra restringida por cuestiones fácticas mas no de Derecho (Peces-Barba, 1995). Por ejemplo, aunque todos los habitantes de la tierra posean el derecho de ser propietarios (mundo contrafáctico del Derecho), solo un pequeño grupo de individuos logra alcanzarlo, gracias a sus recursos financieros.

Otra postura plausible, sobre la aproximación lingüística al concepto de derechos fundamentales, es la Teoría Formal-estructuralista del jurista italiano Luigi Ferrajoli. Para él, los derechos fundamentales “son derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados con el estatus de persona, ciudadano, o persona con capacidad de obrar” (Ferrajoli, 2009, p. 19). En este punto subyace una problemática, vinculada a la adición del componente lógico cuantificador de la universalidad, ya que la existencia de Estados donde el valor supremo de la dignidad humana está limitado por cuestiones políticas, rompe con la propiedad de adjudicación universal.

La mayoría de los derechos fundamentales están contenidos en las cartas políticas de países de corte occidental, pero debe entenderse que no todos estos derechos deben estar consignados en una Constitución, sino que existen también otras formas jurídicas, como el bloque de constitucionalidad y el derecho procesal. Por una parte, el bloque de constitucionalidad alude a todas las normas que no están consignadas en una Constitución, pero que, debido a su contenido, tienen un tratamiento similar a los derechos fundamentales (Vergara, 2000). Por otra parte, el derecho procesal, desde la postura formalista-estructuralista, es considerado como fundamental, por ser de uso universal; aunque dependa de la materia sustancial que pretende garantizar, sigue siendo un derecho que está en cabeza de “todos” (Ferrajoli, 2009).

Es evidente que, desde la postura formalista, el elemento de fundamentación de la teoría tríadica queda de lado, dejando como propiedad configuradora del derecho humano fundamental su capacidad de “adjudicación universal”, es decir, el hecho de recaer en los hombres sin atender a su contenido (Ferrajoli, 2009). Lo dicho anteriormente muestra uno de los puntos débiles de la descripción formalista, ya que al dejar de lado su relación con la ética y la moral, el derecho pierde su

justificación interna y externa, permitiendo que cualquier cosa ajena a la dignidad humana pueda llenar su contenido, perdiendo universalidad, pero por *sustancia*.

A pesar de los inconvenientes sustanciales, Ferrajoli (2009) sostiene que su visión formalista es útil y ventajosa, ya que permite a cualquier sociedad política desarrollar modelos de derecho distintos a los usados en los países occidentalizados. En otras palabras, fomenta un entendimiento diverso de los elementos sustanciales del derecho. Por ejemplo, en una sociedad totalitaria comunista, los derechos fundamentales son distintos a los que se enuncian en una sociedad liberal (Ferrajoli, 2009). En este punto surge una cuestión conflictiva respecto a la universalidad de los derechos humanos como derechos fundamentales, y es que ambos no pueden ser los mismos en todas las sociedades humanas.

Esto lleva a la cuestión de si es posible, en un mundo tan diverso, satisfacer una visión universal de los derechos. “Universal” alude aquí, según el contexto ferrajoliano, a su sentido lógico, es decir, a los cuantificadores como constantes del lenguaje proposicional sobre la mayor extensión de los términos. Pero en los derechos fundamentales lo que se pretende es ampliar el principio de igualdad referente al otorgamiento de beneficios jurídicos (Ferrajoli, 2009).

Ahora bien, cuando las sociedades persiguen intereses colectivos, procuran garantizarlos a través de su axiomatización como derechos fundamentales. Sin embargo, es posible que, en su etapa inicial, estos derechos sean disfrutados por un grupo limitado de individuos. Ello implica que, aunque nominalmente se les haya calificado como fundamentales, desde la perspectiva formalista-estructuralista no lo son, por no beneficiar igualitariamente a la totalidad de ese conglomerado social.

La utilidad del principio de igualdad es medular en la visión ferrajoliana, porque al ampliar la distribución de dicho beneficio a todos los miembros de determinada comunidad, un bien de pocos se transforma inmediatamente en lo que se podría llamar propiamente un derecho fundamental (Ferrajoli, 2009). Sobre el aspecto de amplitud de cobertura de los derechos, a través del principio de igualdad, cabe resaltar la coincidencia entre la Teoría Formal-estructuralista de los derechos fundamentales y la Teoría Sustancial del Estado que relaciona el Derecho con la política.

El principio de igualdad, como propiedad conceptual de los derechos humanos, puede analizarse en la relación del Derecho con la política, la cual ha

tenido importantes variaciones a lo largo de la historia. Su mutabilidad se deriva de grandes sucesos, que han sido determinantes para el cambio de la estructura misma de la sociedad, y que han producido nuevos modelos jurídicos y políticos.

Ejemplo de ello es el modelo del Estado de Derecho, resultado de uno de estos cambios relevantes, el cual se caracteriza principalmente por el reconocimiento de libertades negativas, que funcionan como limitantes del poder estatal. Este es el producto de las revoluciones burguesas en contra del despotismo de los Estados feudales, en donde los súbditos guardan una relación pasiva con el Estado (Touchard, 1970). La pasividad relacional implica que todo asociado es un objeto sin derechos al servicio del señor feudal.

La superación de esta fase de la humanidad es posible por el ascenso de la burguesía al poder, la cual es determinante para la aplicabilidad de las teorías contractualistas de Hobbes, Locke y Rousseau (Touchard, 1970). Sin embargo, la Revolución Francesa, y su Declaración de los Derechos del Hombre, forja nuevos puntos de análisis en la relación del Estado con sus asociados, de tal manera que empiezan a desarrollarse teorías naturalistas del Derecho, cuyo punto de partida es el Derecho Negativo.

Kant, es uno de los máximos representantes en el desarrollo del status negativo del sujeto respecto al Estado. En *La metafísica de las costumbres*, el autor sostiene que el derecho puede verse desde dos perspectivas: una es la obligación y otra es la coacción (Kant, 2005). La primera se refiere a que el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de sujetos puede conciliarse, donde no interesa el deseo sino la manifestación del mismo, y el ejercicio individual e innato del sujeto a la libertad (Kant, 2005). Cabe anotar que la libertad como derecho solo es interesante si se dinamiza por medio de arbitrios, respecto a los cuales importa la forma en la que se relacionan, y no la razón de ello.

En cuanto al derecho como coacción, surge algo interesante de la relación “Estado-individuo”, ya que el poder coactivo del Estado, que se ejerce a través del derecho punitivo, solo es legítimo si procura fomentar el principio universal de la libertad (Kant, 2005). El término universal, empleado por Kant, alude a la máxima extensión de una proposición, al igual que lo formula Ferrajoli en su teoría formalista. Esto implica un Estado ideal, donde “todos” pueden operar su libertad, sin penetrar arbitrariamente en la libertad del otro. Pero dicha pretensión, en muchas ocasiones, no es satisfecha, por lo que el Estado debe intervenir



exclusivamente para coaccionar al sujeto que no está armonizando su arbitrio con el de los demás asociados (Kant, 2005).

A pesar de todo, en este modelo existe una limitación a la facultad de intervención coactiva del Estado en la mayoría de los asuntos privados de los sujetos, toda vez que se entiende que estos asuntos son un desarrollo de la libertad. Dicha facultad solo es legítima si procura la armonización de una libertad “universal”, afectada por el arbitrio desmedido del individuo egoísta (Kant, 2005).

La ausencia de intervención estatal en la ejecución de libertades individuales es problemática, debido a que una de las características negativas de este modelo de Estado es que son muy pocas las personas que *gozan* de la totalidad de sus derechos. Esto conlleva a la necesidad de ampliar el margen de adjudicación de los mismos, para poder cumplir con el valor fundamental de la igualdad, el cual es transgredido, de diversas maneras, en el modelo liberal de derecho.

Al no poder satisfacer las condiciones mínimas de supervivencia de la mayoría de los sujetos, estos no pueden acceder a los derechos de primera generación, sino que deben concentrar sus esfuerzos para garantizar sus necesidades básicas. Así mismo, aunque en el tránsito del Estado de derecho al Estado democrático se establecen pautas para que el sujeto pueda hacer exigencias al Estado, los derechos políticos son exclusivamente de las oligarquías (Peces-Barba, 1995).

Estas formas transgresoras de la igualdad son superadas por el modelo de Estado Democrático, donde se amplía la participación política a través del voto popular, que puede ser ejercido por cualquier ciudadano (Prieto, 2016). El poder de la mayoría, representado en el órgano legislativo, permite modificaciones favorables para el valor de la igualdad. Lastimosamente, el debate sobre la posibilidad de modificar los derechos propios del status negativo revela un nuevo tipo de dictadura, la de las mayorías, la cual sostiene que es posible modificar los derechos individuales si así lo decide el pueblo.

Los actos inhumanos producto de la Segunda Guerra Mundial son determinantes en la superación de esta concepción problemática, puesto que implican la elevación del estatus del derecho y de la democracia sobre el poder estatal. Este último no puede alterar cuestiones de los dos primeros, de tal manera que estos se convierten en los límites externos del Estado (Peces-Barba, 1995).

Por último, el Estado Constitucional de Derecho representa la relación más avanzada entre el Derecho y la política. La construcción valorativa de derechos

fundamentales, de segunda y tercera generación, logra responder a teorías políticas participativas, como la teoría de la justicia de Rawls y el iusmoralismo de Dworkin, donde la democracia juega un papel importante. En este tipo de Estados, la relación derecho-política emerge con el fundamento de validez de las normas jurídicas, las cuales están supeditadas a un control de constitucionalidad que puede realizarse de manera previa a la promulgación, o posteriormente a la misma, a través de una acción de inconstitucionalidad.

La relación no solo está presente en la dimensión legislativa, sino también en la judicial, al establecer un tribunal constitucional encargado de la protección de la misma Constitución (Peces-Barba, 1995), fallando casos particulares y generando jurisprudencia cuyo contenido interpretativo funge como precedente. Así mismo, se atribuyen obligaciones para todos los jueces ordinarios, destinadas a garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna.

Solo los modelos de Estado constitucional contemporáneos permiten el desarrollo adecuado de la teoría estructural y triádica. En ellos, las desigualdades de adjudicación solo son posibles en la medida en que se extienden a las dos limitaciones de los derechos fundamentales, a saber, la referente a la ciudadanía de las personas y la que restringe la capacidad de obrar de los sujetos (Ferrajoli, 2009). Las demás limitaciones, propias de modelos de Estado pre-constitucionalizados, han sido eliminadas conforme la evolución de la relación entre Derecho y política.

Precisamente, en este proceso de reducción de límites, se vuelve evidente la influencia de la moral convencional, porque permite romper los paradigmas de comportamiento social enfocados en la capacidad de la persona (Ferrajoli, 2009). En ese orden de ideas, es claro que el avance del Derecho no radica en crear nuevas codificaciones ni instituciones jurídicas, sino en la posibilidad de universalizar los derechos a todos los miembros de un conglomerado social, tanto en el aspecto jurídico-formal como en el político-jurídico.

Al igual que la teoría triádica de los derechos humanos como derechos fundamentales, la teoría formalista-estructuralista considera indispensable lograr una distinción entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, ya que estos conceptos tienden a confundirse, por ser parte del conjunto de los derechos subjetivos.

Teniendo en cuenta las distinciones antes mencionadas, es menester analizar otro aspecto importante en la teoría de los derechos humanos como derechos fundamentales, que concierne a la garantía de los mismos. En la teoría de Ferrajoli, la garantía es considerada como un elemento estructural indispensable en la construcción del concepto. De esta manera, algunos juristas y filósofos argumentan que si el derecho no posee garantías no puede calificarse como fundamental, así su adjudicación sea universal (Ferrajoli, 2009). Dichas afirmaciones son eminentemente teóricas, es decir, no tienen una correspondencia fáctica con los sistemas jurídicos existentes. Tal es el caso de las antinomias, que, aunque teóricamente no son posibles, son padecidas en la realidad por los ordenamientos jurídicos.

Al considerar los grandes aportes de la teoría triádica de Peces-Barba y de la teoría formal estructuralista, es posible desarrollar una designación plausible de los derechos humanos como derechos fundamentales, para así estructurar su dimensión semántica. Se puede empezar por afirmar que este tipo de expresiones son derivaciones racionales y deliberativas del principio supremo de la dignidad humana, debidamente axiomatizadas como derechos fundamentales. Estos son adjudicados igualitariamente a todos los miembros del conglomerado social por el poder estatal, el cual debe garantizar su satisfacción material a través de todos los medios políticos y jurídicos.

Esta aproximación semántica, primero, satisface el criterio de fundamentalidad moral, al ser el producto racional y deliberativo de la dignidad humana. De igual manera, cumple con el factor de positivización, que es necesario para la materialización de la moral convencional y para que no sea una simple crítica moral a-jurídica. Por otra parte, refleja la importancia del poder estatal como agente transformador de expectativas justificadas en el derecho vigente. También tiene en cuenta el principio de adjudicación universal, propio de la Teoría Formalista-estructuralista. Finalmente, además de satisfacer la exigencia del elemento “realidad”, propio de la teoría triádica, genera el deber de que esto ocurra materialmente, logrando la eficacia que requiere lingüísticamente esta expresión.

### **La sintáctica de los derechos humanos como derechos fundamentales**

La formalización lógico-simbólica del lenguaje de los derechos humanos como derechos fundamentales requiere la distinción de dos tipos de reglas sintácticas,

que son las de formación y las de transformación. Las primeras forman las tesis primitivas e indemostrables, como los postulados y las definiciones, y las segundas forman los llamados teoremas, que requieren de demostración a través de las reglas de transformación (Ferrajoli, 2011). El vocabulario del metalenguaje lógico que mejor describe las relaciones sintácticas de estas expresiones es el desarrollado por Ferrajoli en *Principio iuris*, el cual posee los siguientes signos descriptivos, lógicos y auxiliares.

Los signos descriptivos se dividen, a su vez, en subjetivos y predicativos. Los primeros se emplean para significar agentes o sujetos, simbolizados con letras minúsculas, marcadas numéricamente, para distinguirlos entre sí, como “x0, y1, z2, a3”, etc. Además, dentro de esta misma simbología, se adopta el signo “ $\perp$ ”, que refiere a la omisión de una acción específica (Ferrajoli, 2011). De ese modo, se puede entender a  $x$  como la acción subjetiva positiva materializada por un sujeto, y a  $\perp x$  como la omisión de una acción específica.

Los segundos, los signos predicativos, aluden a las propiedades y relaciones que presentan los agentes, las cuales pueden ser primitivas (dieciséis) o definitorias (doscientas setenta y cuatro) (Ferrajoli, 2011). A continuación, se refieren algunos de los símbolos creados por Ferrajoli para formalizar los signos predicativos que se usan en la sintaxis de los derechos humanos como derechos fundamentales:

- Predicativos primitivos: permitido (PER), comportamiento (COM), modalidad (MOD), expectativa (ASP), interés (INT), estatus (STA), sujeto (SOG), objeto (OGG), significado [prescriptivo] (SIG), regla (REG), conjunto (INS), causa (CAU), constituye (COS), constatación (ACC), fuerza (FZA) y democrático (DEM) (Ferrajoli, 2011).
- Predicativos definidos: facultativo (FCO), prohibido (VIE), obligatorio (OBB), vinculado (VIN), permiso positivo (PEM), permiso negativo (PEM1), facultad (FAC), obligación (OBL), prohibición (DIV), imperativo (IMR), actuación (ATZ), ejercicio (ESE), obediencia (OTT), desobediencia (INO), satisfacción (SOD), violación (VIO), efectividad (ETT), ineffectividad (INE), autor (AUT), titular (TIT), imputado (IMP), relación deóntica (RAD), garantía (GAR), garantía positiva (GPO), garantía negativa (GNE), colectivo (COL), ventaja (VAN), desventaja (SVA), cosa (COA), uso (USO), signo (SEG), precepto (PRE), prescripción (PRS),

precepto deóntico (PDE), precepto constitutivo (PCO), regla tética (RTE), regla hipotética (RIP), regla deóntica (RDE), regla constitutiva (RCO), observancia (OSS), inobservancia (OSS), efectividad de grado (ETT), ineffectividad de grado (INE), efecto (EFF), acto (ATT), eficacia (EFC), derecho potestad (DIP), grado subordinado (GSU), relación de grado (RGR), situación (SIT), actuabilidad (ATB), situación activa (SIA), situación pasiva (SIP), prueba (PRV), interpretación (INP), estatus jurídico (STG), personalidad (PTA), persona (PES), sujeto jurídico (SGG), persona natural (PNA), persona artificial (PAR), capacidad de obrar (CPA), capacidad jurídica (CPG), capaz de obrar (CAA), capaz jurídicamente (CAG), relación jurídica (RAG), representación (RAP), representante (RNT), representado (RTO), órgano (ORG), pueblo (POP), ciudadano (CIT), ciudadanía (CTZ), bien (BEN), bien material (BMA), bien inmaterial (BIM), norma (NOR), fuente (FON), norma tética (NTE), norma hipotética (NIP), norma deóntica (NDE), norma constitutiva (NCO), norma adscriptiva (NAS), norma atributiva (NAT), norma imperativa (NIM), norma institutiva (NIS), instituto (IST), ordenamiento (ORD), norma de reconocimiento (NRI), razón social (RAS), institución (ISZ), acto institutivo (AIS), forma (FOR), acto formal (AFO), acto informal (AIN), ilícito (ILL), cumplimiento (ADE), incumplimiento (INA), acto preceptivo (APR), acto instrumental (AST), decisión (DEC), acto constitutivo (ACO), norma formal (NFO), norma sustantiva (NSO), norma sobre la producción (NPR), conformidad (COF), coherencia (COE), vigencia (VIG), validez (VAL), validez formal (VAF), validez sustancial (VAS), invalidez (INV), invalidez formal (IVF), invalidez sustancial (IVS), vicio (VIZ), vicio de forma (VIF), vicio de sustancia (VIS), legitimidad (LGT), ilegitimidad (ILG), legitimidad formal (LGF), ilegitimidad formal (ILF), derecho fundamental (DFO) y derecho subjetivo (DIR) (Ferrajoli, 2011).

Por otra parte, los signos lógicos, empleados en la síntesis de los derechos fundamentales, se dividen entre los de enlace y los operadores. Los primeros son la negación “¬”, la conjunción “&”, la disyunción “V”, la condición “→” y la bicondición “↔” (Supess & Hill, 1988). Los segundos son símbolos de constantes y se dividen en: cuantificadores, que son “para todo x vale (x)”, “existe al menos

un  $x$  que  $(\exists x)$ ” y “existe un número  $n$  de  $x$  que  $(\exists^n x)$ ”; y operadores modales, que son los de necesidad (1) y posibilidad (M) (Ferrajoli, 2011).

## Las reglas de formación

Ahora bien, teniendo en cuenta todos los signos antes descritos, se posibilita su relación a través de los dos preceptos enunciados al principio de este apartado, que son las reglas de formación y las reglas de transformación.

En cuanto a las reglas de formación, estas aluden a las combinaciones que se pueden hacer con los signos de la teoría para elaborar “expresiones bien formadas”. Básicamente por medio de ellas se construyen cuatro tipos de enunciados: los simples, los compuestos, los generales y los modales (Ferrajoli, 2011).

Los enunciados simples están “formados por un functor predicativo seguido de un cierto número de variables subjetivas. Si el functor afecta a una sola variable es monádico, como se ve en la forma simbólica de *x es obligatorio*  $OBBx$ , en cambio, si lo hace con más de uno es poliádico, como la forma simbólica de “*y es obligación de x*”  $OBByx$ ” (Ferrajoli, 2011, p. 599).

Los enunciados compuestos son los que resultan de la relación entre los enunciados simples, a través de los términos de enlace. Téngase en cuenta que los conectores lógicos también son functores extensionales de verdad, esto lleva a que la veracidad del producto final dependa de la de las partes que la conforman (Kalinowski, 1973). Por ejemplo, “ $VIE\ x \rightarrow x \rightarrow (PER^{\perp} x \ \& \ \neg PERx)$ , *si  $x$  está prohibido, entonces está permitido omitir  $x$  y no está permitido  $x$* ” (Ferrajoli, 2011, p. 31).

Los enunciados generales son producto de la aplicación de un cuantificador a un enunciado simple o a uno compuesto. Esto los cierra, debido a que respecto a ellos se puede predicar una verdad empírica, lo cual los diferencia de los que se consideran abiertos, puesto que carecen de cuantificador. Por ejemplo, “ $(x) (\neg VIEx \vee \neg OBBx)$ ”, expresa: para todo  $x$ , o  $x$  no está prohibido, o  $x$  no es obligatorio.

Por último, los enunciados modales surgen como consecuencia de la aplicación, a los otros tipos de enunciados, de uno o más operadores modales. Por ejemplo, “ $(y) (FACy \leftrightarrow M (\exists x) FACyx)$ , expresa: *para todo y vale que, y es una*

*facultad, si y solo si, existe algún x para el cual y es una facultad*” (Ferrajoli, 2011, p. 35).

## Las reglas de transformación

Las reglas de transformación son las que ayudan a relacionar las expresiones producidas a través de las reglas de formación. Por medio de ellas se extraen teoremas de los axiomas que funcionan como premisas de derivación. Este tipo de reglas surgen del cálculo proposicional o de inferencia y expresan la misma proposición, alterando la sintaxis del enunciado. Entre ellas se encuentran la conmutación, la doble negación, la simplificación disyuntiva, la simplificación conjuntiva, las leyes de Morgan, etc. (Supess & Hill, 1988).

En cambio, las reglas de inferencia lógica requieren dos o más premisas que permitan su relación. Entre ellas están: poniendo ponens, tollendo tollens, tollendo ponens, silogismo hipotético, silogismo disyuntivo, implicación destructiva, ley de la bicondicción, etc. (Supess & Hill, 1988). Vale aclarar que la aplicabilidad de las reglas antes referenciadas depende de la formación de un caso concreto para su respectiva aplicación. Sin embargo, la presente investigación no está enfocada en develar el funcionamiento del sistema lógico de los derechos humanos para la solución de casos concretos, sino que pretende exponer la formulación sintáctica de dichas expresiones como derechos fundamentales. Por ello, la derivación de teoremas mediante las reglas de inferencia en la solución de casos será tema de otra investigación.

De acuerdo a la simbología de Ferrajoli, los derechos humanos poseen la siguiente sintaxis: “(y)(DUMy  $\leftrightarrow$  (DIRy & (z)(TITzy & PNAz)))”. Esta se lee, en términos lógicos, de la siguiente manera: “para todo y, vale que y es un derecho humano, si y solo si y es un derecho subjetivo, y para todo z vale que z es titular de y, y que z es una persona natural” (Ferrajoli, 2011, p. 600).

Por su lado, la teoría formal-estructuralista, al considerar los derechos fundamentales como una subespecie de los derechos subjetivos, cambia su forma sintáctica: (y)(DFOy  $\leftrightarrow$  ((DIRy & ((z) (TITzy & PNAz)  $\vee$  (z)(TITzy & CITz)))  $\vee$  (DIPy & ((z) (TITzy & CAAz)  $\vee$  (z) (TITzy & CITz & CAAz)))). De esta manera, la descripción gramatical indica: “para todo y vale que y es un derecho fundamental, si y solo si y es un derecho subjetivo, siendo z una persona natural

y titular del mismo, o siendo  $z$  un ciudadano, o siendo  $z$  un capaz de obrar, o siendo  $z$  titular de  $y$ , o siendo ciudadano con capacidad de obrar” (Ferrajoli, 2011, p. 605).

Como se puede observar, la sintaxis de los derechos fundamentales contiene la formulación básica de los derechos humanos, después del término de enlace bicondicional. Sin embargo, estos derechos se diferencian en tanto los fundamentales abarcan más posibilidades disyuntivas que los humanos, como los derechos de ciudadanía y los que necesitan de capacidad legal para ser ejercidos.

### **La pragmática de los derechos humanos como derechos fundamentales**

La operatividad de la dimensión pragmática de los derechos humanos responde a los dos lados de la comunicación básica, es decir, a la posición del emisor y a la del receptor. Desde la primera, resulta llamativo que el origen de los derechos humanos sea de corte occidental y que responda a las necesidades históricas de la civilización europea. Ejemplo de ello, es que el término dignidad humana, del que derivan la gran mayoría de los derechos humanos, es producto de la interpretación teológica sincretista del génesis bíblico, que se enfoca en la solución de los problemas sociales y políticos de la Europa del siglo XIV (Pico Della Mirandola, 2004).

El expansionismo bélico, presente en los procesos de colonización y evangelización del nuevo mundo, no solo permite la explotación económica del territorio americano, sino que también sirve para la imposición de la cultura europea y de su tradición jurídica (Agudelo et al., 2017). Este fenómeno es denominado por los antropólogos como aculturación, la cual consiste en un ataque a nivel semiótico, con el propósito de que los sujetos afectados olviden sus raíces lingüísticas y teológicas, facilitando la imposición de las creencias y lenguajes provenientes del viejo continente (Aguirre, 1957).

En el contexto sociohistórico colombiano se ve claramente la distorsión semántica de algunas palabras de origen chibcha, como “guiza”, “guaricha” y “guache”, que etimológica y respectivamente significan: “esposa”, “princesa” y “príncipe”. Sin embargo, los invasores trasformaron su significación a: “mujer de pocos modales, prostituta y hombre grosero”



Posteriormente, el pensamiento moderno, caracterizado por su exigencia de homogeneidad y uniformidad, consolida el punto de vista occidental en la mayoría de naciones del mundo. De ello son ejemplo manifestaciones como la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* y la *Proclamación de los Derechos Humanos*. Estas conllevan una pretensión de universalidad, que implica que dichas expresiones jurídicas sean para todas las personas, sin distinción de raza, credo, nacionalidad o género.

Ahora bien, en el análisis del otro lado de la dimensión pragmática de la relación comunicativa, la del intérprete como receptor de las expresiones jurídicas, subyace un problema. Este tiene que ver con la propiedad de adjudicación “universal” de los derechos humanos a nivel operativo, puesto que, en realidad, estos siguen siendo un beneficio de los miembros de la comunidad europea. Los profesores colombianos Óscar Agudelo y Jorge León (2017) denominan este fenómeno como la “hipocresía de los derechos humanos”, que se presenta

cuando los países a los que les fue implantada dicha homogeneidad o identidad jurídica reclaman la efectividad de los derechos humanos [y] los países fundadores cierran sus puertas y determinan que estos derechos son prerrogativas para aquellos que gozan de ciudadanía, es decir, demarcan la existencia de los derechos humanos solo entre Naciones que gozan de una misma identidad jurídica, política y social (Agudelo et al., 2017, p. 10).

La hipocresía es evidente en las políticas migratorias de la Unión Europea, que buscan reforzar las fronteras de sus Estados periféricos, con el fin de que los individuos que no hacen parte de esta comunidad no puedan ejercer el proceso de migración (Agudelo et al., 2017). La forma jurídica para la limitación de estos derechos “universales” es el factor ciudadanía, que hace parte de la transformación de estas expresiones en derechos fundamentales. De ese modo, se logra establecer la llamada fórmula de exclusión. Por lo anterior,

es posible concluir que la fórmula hipócrita de los derechos humanos subyace, de facto, en la fórmula de exclusión que originan los Estados mismos. Esta fórmula de exclusión parte de dos términos contrarios, como en la tercera persona del verbo plural, el código binario nosotros-ellos, equivalente al código binario clásico del Derecho Internacional nacional-extranjero (Agudelo et al., 2017, p. 14).

Así, es necesario separar la noción de ciudadanía de los derechos fundamentales como la forma de los derechos humanos, para lograr satisfacer el criterio

de universalidad, que es parte esencial de su estructura lingüística. Sin embargo, lastimosamente, dicha labor no depende de los estudios que puedan desarrollar los académicos, sino que está en manos de los que ostentan el poder político de las grandes potencias nacionales del mundo. Esto lleva a que la adjudicación y la satisfacción efectiva de estas expresiones dependan, en gran medida, de la validez de las posiciones morales de estos sujetos.

## Conclusiones

Se puede concluir que el desarrollo semiótico de los derechos humanos es posible en la medida en que estos adoptan la forma de derechos fundamentales, toda vez que los modelos ofrecidos por las corrientes tradicionales del Derecho no logran abarcar toda su complejidad lingüística. Sin embargo, no todos los modelos teóricos de los derechos fundamentales ofrecen los elementos necesarios para su adecuada construcción semántica, ya que su significación debe incorporar cuatro elementos básicos, que son: la fundamentación, que es donde se encuentra la justificación moral del derecho; la positivización, donde la convención moral es transformada por el poder estatal en un derecho positivo exigible; la eficacia relacionada al componente *realidad* de los derechos y su ejercicio material empírico; y la universalidad, entendida como la capacidad de adjudicación a todas las personas.

Teniendo en cuenta las propiedades conceptuales de los derechos humanos como derechos fundamentales, el paso a seguir desde un ámbito semiótico es su formalización sintáctica, de modo que se pueda elucidar el funcionamiento lógico de la expresión. Para lograr dicho cometido es necesaria la simbología propuesta por Luigi Ferrajoli (2011) en su obra *Principio iuris*, debido a que este autor abarca los avances investigativos lógicos desarrollados en los siglos XX y XXI, los cuales revelan las limitaciones de las lógicas tradicionales.

Así mismo, de la mano de Ferrajoli se puede abordar parte de la lógica deóntica, que es la lógica de las proposiciones prescriptivas, punto que es sumamente importante, en el sentido de que este tipo de proposiciones son las que expresan el lenguaje normativo del derecho. De la misma manera, simbólicamente elucidada la identidad lógica en la sintaxis de los derechos humanos con los derechos fundamentales.

Sin embargo, subyace un problema en esta última formalización, el cual consiste en la inclusión de la sintaxis de la ciudadanía y de la capacidad de obrar. El rechazo en la implicación de estos dos elementos, en la forma lógica de los derechos fundamentales, se revela en su dimensión pragmática, ya que operativamente muestra cómo estas dos nociones limitan el principio de universalidad, que es medular en su lingüística.

## Referencias

- Agudelo, O. et al. (2017). *Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la corte interamericana*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Aguirre, G. (1957). *El proceso de aculturación*. México D.F: Dirección general de publicaciones de la UNAM.
- Campos, G. (2006). *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*. México D.F: Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.
- Courtis, C. (2006). *Observar la ley*. Madrid: Trotta.
- Dworkin, R. (2007). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Echave, D., Urquijo, M., & Guibourg, R. (2008). *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea.
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principio Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Gianella de Salama, A. (1986). *Lógica simbólica y elementos de metodología de la ciencia*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Guastini, R. (2011). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Kalinowski, G. (1973). *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Kalinowski, G. (1995). Acerca de la semántica del lenguaje del derecho. *Revista de la Universidad de Mendoza*, (14), 119-133.
- Kalinowski, G., & Landowski, E. (1990). Semiótica jurídica. *Cuadernos del instituto de investigaciones jurídicas*, (14), 320-326.
- Kant, I. (2002). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.

- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mardones, J. & Ursúa, N. (2012). *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Anthropos.
- Morales, L. (2015). Violencia cultural, colonialismo y reetnización; el sentido de las prácticas en salud desde el punto de vista indígena. *Revista de la facultad de medicina*, 63(4), 699-706.
- Nino, C. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Peces-Barba, G. (1995). *Curso de derechos fundamentales teoría general*. Madrid: Editorial de la Universidad Carlos III de Madrid.
- Pico Della Mirandola, G. (2004). *Discurso sobre la dignidad humana*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Prieto, M. (2015). La moralidad como base para el proceso de axiomatización. *Novum Jus*, 9(1), 29-49.
- Prieto, M. (2016). ¿Es posible la construcción de metarreglas para la regulación del control popular de interpretación constitucional? *Soft Power*, 219-228.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Supess, P. & Hill, S. (1988). *Introducción a la lógica matemática*. Bogotá: Reverté.
- Touchard, J. (1970). *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos.
- Vergara, R. (2000). El bloque de constitucionalidad. *Estudios de derecho*, 13-36.
- Von Wright, G. (1951). Deontic Logic. *Mind*, 60(237), 1-15.
- Von Wright, G. (1979). *Norma y acción*. Madrid: Tecnos.
- Von Wright, G. (2001). *Normas, verdad y lógica*. México D.F.: Fontamara.

APA: León Molina, J. E. (2020). Calificación lógico-moral de los derechos humanos. En O. A. Agudelo Giraldo (Ed.), *Derechos humanos, democracia y poder judicial* (págs. 43-55). Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133020.2020.2>

Chicago: León Molina, Jorge Enrique, “Calificación lógico-moral de los derechos humanos.” En *Derechos humanos, democracia y poder judicial*, editado por Oscar Alexis Agudelo Giraldo, 43-55. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2020. doi: 10.14718/9789585133020.2020.2

## CALIFICACIÓN LÓGICO-MORAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2

Jorge Enrique León Molina\*

### Introducción

El objeto de investigación del presente artículo se recoge en la siguiente pregunta: ¿Cómo se califican normativa y lógicamente los derechos humanos desde su órbita moral? De entrada, este interrogante pone a quien lo lee en serios apuros, en cuanto la adecuación normativa de principios inherentes a los sujetos podría inducir a modelos naturalistas que, de muchas formas positivas, se han visto como algo anacrónico.

Sin embargo, desde el Derecho Natural solo se enuncian como derechos, con una amplitud de posibilidades bastante problemática, mientras que el positivismo plantea numerosas dificultades para su axiomatización. Esto último, debido a que su genericidad afecta el estatus científico del Derecho, en la medida en que no tiene posibilidad de reducción y demostración.

La determinación de “normas morales”, en el modo de un sistema positivo, supone el hecho de comprender el alcance y la delimitación de esas reglas como,

---

\* Abogado de la Universidad Católica de Colombia y Magister en Filosofía del Derecho de la Universidad Libre de Colombia. Docente-investigador de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Coautor de libros como *Teoría jurídica y enseñanza del Derecho*. E-mail: [jeleon@ucatolica.edu.co](mailto:jeleon@ucatolica.edu.co). Bogotá D.C., Colombia.

a lo sumo, de tipo operativo en el marco de la lógica, lo cual se toma en consideración a partir de los llamados “permisos débiles”. Además, esto determina cómo la lógica jurídica no es suficiente para abarcar criterios de reglas de corte moral.

Pero, ¿cómo poder categorizar las normas morales? El presente escrito tiene en cuenta tanto las nociones de Dworkin como las de Bayón, en virtud de las cuales se hacen inclusiones de criterios morales en forma contingente, al más puro estilo del positivismo incluyente. En este, la nominación de principios y valores ontológicamente diferentes al clásico estatuto positivista, enriquece el debate sobre la vinculación de reglas morales como derechos humanos en el ordenamiento jurídico.

### **Derechos humanos: peculiaridades iusfilosóficas**

La noción de “derechos humanos” es problemática en el estudio del Derecho, dado que aunque tenga una clara aceptación desde el positivismo, también tiene una dimensión moral que vicia su interpretación en el caso concreto. Sin embargo, el reconocimiento de ese tipo de derechos “adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, medidas o acciones” (Nino, 1989, p. 14). Es decir, son prerrogativas que sirven como oposición a la visión absolutista del imperio del Derecho.

Esto implica que los derechos humanos no solo se circunscriben a su consagración positivista, en otras palabras, a su adecuación en la forma de circunstancias puramente normativas, sino que además constituyen un conjunto de normas oponibles a sistemas jurídicos, que pretenden garantizar mínimos básicos de dignidad en la existencia humana. Así, Pico Della Mirandola (2010) expone:

A ti hombre, no te he dado ni un lugar determinado, ni un aspecto propio, ni una prerrogativa peculiar, con el fin de que poseas el lugar, el espacio, el aspecto y la prerrogativa que conscientemente elijas y que de acuerdo con tu intención obtengas y conserves (p. 4).

Para Nino, los derechos humanos surgen “no de un sistema normativo basado en actos contingentes, sino en la justificación que se hace de estos en el seno del sistema normativo” (Nino, 1989, p. 15). Lo anterior implica que dichas expresiones son la condición básica que surge al interior del modelo normativo, para

salvaguardar las garantías o principios mínimos a los que tiene derecho el ser humano, en el marco de todo el sistema jurídico.

En este punto, la justificación interna es problemática, dado que puede surgir de múltiples acciones: del desarrollo espiritual de la humanidad, de conquistas de la modernidad, de acuerdos sociales, de procesos revolucionarios o de procesos que obedecen a necesidades sociales, políticas o jurídicas. Estas podrían incluso ser exógenas al sistema jurídico, pero afectarlo directamente, dado que “lo que persiguen los individuos es ir en contra de comportamientos que sofoquen la variedad natural de sus caracteres, en pro del bienestar y la libertad” (Bobbio, 1993, p. 27).

Por lo tanto, Nino plantea una raíz naturalista de la justificación de los derechos humanos, determinada en una forma moral de razonamiento. Para ello, presenta dos tesis fundamentales:

1. El origen de los principios básicos de la existencia humana no está fundamentado en las instituciones jurídicas, sino en la universalidad de las virtudes personales de todos los individuos, expresas en forma de “libertades como restricciones a la libertad real del ser humano” (Von Wright, 2002, p. 62). De esta manera se procura, a lo sumo, un criterio básico de justicia.
2. El derecho se justifica si y solo si procura una búsqueda de criterios de justicia social.

Por otro lado, en el positivismo no es posible la determinación de principios universalmente válidos, sin que estos puedan llegar a ser cognoscibles por medio de procedimientos racionales. Por esta razón, es necesario analizar el concepto “derechos humanos” desde su dimensión semántica, lo que debe hacerse más allá de una distinción ontológica, en virtud de la cual “la existencia de un concepto no atañe al conocimiento que se tenga de él” (Nino, 1989, p. 19).

Lo anterior, con el fin de no afectar tal reconocimiento con la subjetividad que traería consigo la interpretación moral de los principios propios del Derecho Natural, ya que “al hacer categorías basadas en derechos demasiado genéricos, es imposible su fundamentación racional; por eso son llamados derechos humanos” (Garzón, 1997, p. 410).

Sin embargo, para una mejor comprensión de la órbita moral de dichos derechos, Nino expone ciertas características que, a lo sumo, permiten una interpretación desde el positivismo de tales principios y de su naturaleza:

1. Son principios morales que están supeditados a la determinación de su existencia, a través de su validez y aceptabilidad por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, son principios dados por una moral, que tiene su incidencia y origen desde el Derecho Positivo. En este “se enuncian las normas básicas sin las cuales es imposible lograr una base social estructurada, o sin las cuales una sociedad ordenada se encamina a ciertos fines específicos en pro tanto del bienestar como del equilibrio social” (Fuller, 1967, p. 13).
2. La aceptación de tales principios es la justificación final de las conductas que describe. Esto significa que son la última herramienta del sistema positivo para delimitar el alcance y la validez fáctica de un principio moral.
3. Esta interpretación desde la moral positiva sirve como modelo para cualquier conducta, ya sea desde el agente, desde “la acción o desde quien sufre/siente la acción” (Nino, 1989, p. 20). Sin embargo, su examen no corresponde a un juicio a priori sobre su adecuación a la acción, sino que, respecto a esta, se hace un examen básico que tiene en cuenta el contenido del principio empleado, de manera similar al modo lógico de la subsunción.

Estas tres interpretaciones posibilitan la inclusión de criterios morales a un análisis positivo, mediante el juicio de adecuación basado en elementos de validez, legitimidad y pertinencia de dichos criterios al sistema jurídico. Tal juicio sirve no solo como un mecanismo de axiomatización, sino también como un determinante de su implicación positiva, dado que “por ley moral se deben entender las indispensables normas morales puestas en defensa ya del individuo como de la comunidad” (Haberle, 2003, p. 61).

A la luz del Derecho Positivo, del análisis de la naturaleza moral de los derechos humanos, se podría extraer su carácter problemático, cometiendo el error de no considerarlos como criterios válidos de justicia, en cuanto no tienen un asiento



en el sistema positivista. Esta circunstancia afecta tanto su eficacia y su obediencia, así como su aplicabilidad. Sin embargo, para Nino (1989)

la identificación de un sistema jurídico es una cuestión teórica que puede resolverse en forma valorativamente neutra; la decisión acerca de qué actitudes y qué curso de acción debe tomarse frente a un cierto orden jurídico, es una cuestión práctica que no puede resolverse sin comprometerse, explícita o implícitamente, con ciertos criterios de justicia y moralidad social (p. 21).

Esto implica que para el estudio de los hechos relevantes, el modelo del positivismo supedita su valoración a unas condiciones de inclusión al sistema jurídico, por medio de proposiciones surgidas de la adecuación de esos hechos a normas jurídicas propias del Derecho. Dichas normas, al ser producto de la actividad judicial, generan la inclusión de esos conceptos morales ya positivizados.

Dicha posibilidad es contemplada por Kelsen, quien, siguiendo a Smend, dice que “una de las funciones del Estado es integrar factores que agrupan, en sí mismos, como sistema, la realidad estatal” (Kelsen, 2009, p. 105). Respecto a la cita, hay que colegir que hoy en día parte de la realidad jurídica estatal está inmersa en la posibilidad de abarcar circunstancias fácticas más allá del ordenamiento positivo vigente.

### **Naturalismo, positivismo y derechos humanos**

La adecuación de hechos a la luz del Derecho tiene dos posturas de estudio, oponibles desde antaño: el naturalismo y el positivismo. Por un lado, en el marco del naturalismo, a partir de principios universales de justicia, se establecen las proposiciones de interpretación de derechos, generando un amplio margen de indeterminación sobre el sentido y significación de los mismos, amplificando, hasta el punto de la vaguedad, las consideraciones valorativas de los principios.

Por otro lado, el marco del positivismo también supone un yerro jurídico, al plantear que las soluciones judiciales de contextos de derechos humanos obedecen a criterios de adecuación de cuestiones normativas. De hecho, no es posible hacer un concepto puramente descriptivo de la validez e implicación de un derecho humano en un contexto determinado. Así, los asuntos interpretativos del Derecho Positivo solo aportan a la adecuación cerrada de hechos puntuales, lo que, en palabras de Nino, supone que “tales proposiciones describirían, en última

instancia, una secuencia compleja de hechos que, como tales, son compatibles con cualquier tipo de decisión” (Nino, 1989, p. 21).

Sin embargo, a tenor de lo expuesto, no debe pasarse por alto que las decisiones jurídicas respecto a la aplicación, validez o determinación de los derechos humanos están supeditadas a su calificación moral, circunstancia que excede toda calificación positiva. Lo anterior, dado que:

1. No siempre hay una norma jurídica para el caso que se somete a estudio, es decir, la justificación jurídica del mismo es producto de un análisis moral muchas veces incompleto.
2. En caso de que sea posible su axiomatización positiva, la justificación judicial está viciada por criterios valorativos, dado que la norma, desde su formulación, trae elementos de textura abierta que posibilitan la ampliación de su interpretación hacia estados más allá del normativo.

Esto permite concluir, en palabras de Nino, que aunque las normas jurídicas se resuelven en juicios de “adhesión normativa” (Nino, 1989, p. 23), lo que se hace es interpretar tanto la voluntad de quien las emite, así como del o de los juicios valorativos que están implícitos en la misma, los cuales amplifican su espectro normativo. Eso pasa cuando se interpretan principios o valores, tales como los derechos humanos.

Entonces, un examen de positivismo incluyente permite la comprensión de criterios de justicia y moralidad social (Nino, 1989), en el que se puede hacer la adecuación sistémica de elementos propios de moralidades positivistas, así como un análisis de circunstancias fácticas y sus implicaciones en diversas formas del razonamiento jurídico.

Esto se da incluso si el derecho humano está por encima del derecho nacional, caso en el que los procedimientos morales se hacen más relevantes para interpretar razones de la observancia de principios válidos. Dicha coincidencia se hace por vía interpretativa, llevando su aplicación más allá del ordenamiento positivo vigente y justificándose en la decisión judicial que la posibilita. Este ejercicio es un asunto constante, dado que el reconocimiento jurídico de los derechos humanos, ya sea desde la órbita nacional o desde la internacional, solo procura mostrar los medios para garantizar su no violación.

## Anotaciones para la calificación lógico-jurídica de los derechos humanos

Los derechos humanos, desde su dimensión originaria –de corte moral–, presentan un problema fundamental en cuanto a su identificación lógico-jurídica, que tiene que ver con su formulación como una prerrogativa que permita, prohíba u obligue la realización de acciones en el marco de los derechos subjetivos, al margen de un sistema jurídico común.

Desde la determinación normativa de las conductas, Von Wright enuncia tres operadores que las describen. Por un lado, está la obligación, en virtud de la cual “un estado de cosas se debe hacer de forma ilimitada y sin posibilidad alguna de su no ejecución; esto implica que su uso prescriptivo determina la realización irrestricta de su condición (Von Wright, 1997, p. 11). Por otro lado, se tiene que la permisión radica en la posibilidad de realización, o no, de una acción determinada, en la cual “se permite el estado de cosas que resulta tras el actuar del agente” (Echave, Urquijo & Guibourg, 2008, p. 121). Por último, una prohibición se enuncia como el caso en que una conducta no puede ser en ninguna medida posible, so pena de infringir el sistema del Derecho.

Se tiene que interpretar si tal derecho es, en palabras de Nino, uno básico o uno derivado (Nino, 1989), es decir, si garantiza solo limitaciones o prescripciones de la libertad, o si, por el contrario, permite o prohíbe acciones determinadas. A continuación se mostrará cómo esta categorización se puede adecuar al discurso normativo.

**Derechos humanos en la forma de reglas sin prohibición.** En esta primera categoría, las normas que cobijan la interpretación de los derechos humanos no contienen una prohibición de forma directa. Estas normas, a lo sumo, abarcan un criterio de permisión que funciona como “una norma de clausura que permit[e] una conducta no prohibitiva” (Nino, 1989, p. 25).

Sin embargo, Agudelo define el permiso débil como “aquel que implica la valoración de aquellas circunstancias no reguladas por el Derecho” (Agudelo, 2017, p. 150). De tal modo que, desde esta categoría, se puede inferir que al tener un derecho, se evidencia la falta de calificación de la acción que se presume que regula. Es decir, se expresa como un deber vacío, en donde no se dice absolutamente nada de cómo se debe reaccionar respecto a la ejecución o no de la acción que se pretende realizar, ni tampoco sobre algún tipo de protección sobre la misma.

Esta falta de calificación es similar a la noción de laguna axiológica, la cual expresa que no se tiene completamente un vacío en la interpretación de la norma, sino en “la calificación de las hipótesis de relevancia de la solución del caso concreto, en relevancia con el sistema jurídico” (Alchourrón & Bulygin, 2013, p. 156).

Lo anterior implica que las lagunas axiológicas traen consigo la determinación de propiedades relevantes para la interpretación y solución del caso concreto, partiendo de un conjunto de elementos morales que permiten la adecuación de la respuesta más acorde con la facticidad de los elementos en controversia jurídica. De ahí se colige que “la pertinencia de la existencia de la laguna axiológica se posibilita en la existencia de defectos, ya sean políticos, morales, jurídicos o sociales que le den origen” (Alchourrón & Bulygin, 2013, p. 157).

**Derechos humanos en la forma de reglas de permisión.** Existen normas que otorgan la facultad de realización de una acción, en las cuales se enuncia una conducta de hacer, pero es discutible si estas tienen inserta, además, una forma de deber. Para ello, “es necesaria la determinación pragmática de la formulación normativa descrita, con el fin de determinar cuál es el fin que se persigue en el destinatario con esa norma formulada” (Nino, 1989, p. 26).

Como los derechos humanos surgen de prerrogativas morales demasiado genéricas, el límite de una permisión está dado por la determinación de otra. En este caso, se debe establecer el mínimo espectro de cumplimiento de las permisiones, a fin de no superponer una a la otra, puesto que, de esta manera, en el curso de su cumplimiento podrían hacerse contradictorias entre sí.

Aunque para Von Wright las normas morales no tienen la misma categoría que las jurídicas, lo cierto es que estos dos tipos presentan elementos comunes que las sitúan como normas, en virtud de “su consideración teleológica, su vocación prescriptiva y su vocación, ya sea obligatoria, permissiva o prohibitiva en pro de mantener o procurar una correcta acción en procura del bienestar y la felicidad” (Von Wright, 1979, p. 31).

**Derechos humanos como obligaciones correlativas.** Esta es la forma básica de toda formulación normativa, en virtud de la cual se impone una determinada obligación, un deber positivo en relación a una conducta particular. Las obligaciones se pueden generar en campos tan específicos como los derechos subjetivos

o en campos tan amplios como “aquellos [derechos] que constituyen un perímetro protector para el ejercicio de las libertades” (Nino, 1989, p. 27).

De todo esto se puede colegir que la estructura propia de los derechos humanos, al ser genéricos y morales, necesariamente va más allá de la lógica de la determinación de los deberes, razón por la que la construcción de los espectros morales tiene una dinámica diferente.

### **Calificación moral de los derechos humanos**

El punto de partida para realizar el análisis de la calificación moral de un tipo de norma específica es el principio de moralidad que describe Ávila, en virtud del cual se establecen valores fundamentales, que implican “el deber de tenerlos en consideración en el ejercicio de la actividad administrativa” (Ávila, 2011, p. 84). En esta se determina que la primacía de los actos que otorgan o determinan la axiomatización de principios morales no sea fruto de una actividad arbitraria de un sujeto, sino una prerrogativa estructurada en la función del sistema jurídico.

La función del principio de moralidad es plantear una actitud del sistema normativo-político para el tratamiento de normas específicas, aunque dicha interpretación no esté contenida en el ordenamiento jurídico. Como expone Ávila (2011),

este examen se hace para determinar la racionalidad de toda interpretación de formulaciones morales a la luz de la función normativa, promoviendo la moralidad en la función de la administración de justicia que les permita su incorporación y el castigo coactivo de su incumplimiento (p. 86).

Esto lleva a pensar que del principio de moralidad surgen los derechos correlativos, que vinculan elementos más allá de los contenidos en todo el sistema jurídico, e incluso más allá del sistema político.

Hablar de derechos correlativos supone, a lo sumo, el establecimiento de obligaciones, permisiones o prohibiciones que estén íntimamente relacionadas entre sí, que sean determinables las unas a las otras y que tengan un nivel de deber similar entre ellas. Esto solo corrobora la facultad del derecho de construirse a sí mismo, en variables sistémicas que procuren una fundamentación positiva. Sin embargo, Nino expone que el caso de los principios generales supone “una concepción moral cuyos principios básicos establezcan tanto deberes, como derechos y fines sociales” (Nino, 1989, p. 32).

La función de los principios, en casos concretos, obedece a una lógica gradual que se realimenta en cada uno de ellos, permitiendo la aplicación de reglas de axiomatización que resuelven los conflictos entre normas morales, en virtud de la función jurisdiccional del Derecho.

Siguiendo a Dworkin, Pérez Bermejo entiende que el modelo normativo es “frecuentemente un compromiso de principios y valores” (Pérez Bermejo, 2010, p. 99), en el que las reglas primarias, desde un ámbito meramente legal, determinan las dimensiones de peso de cada principio como regla moral ulterior. De esta manera, constituyen “las diferentes formas de comportamiento y relación de los principios, sea en el sistema o en el caso concreto” (Pérez Bermejo, 2010, p. 102).

Así, se puede afirmar que los principios, como reglas morales supranormativas, dotan de validez y sentido las reglas primarias emitidas por el sistema jurídico, en caso de garantías generales de actos morales internos de los hombres.

Por otro lado, Dworkin afirma que los principios pueden surgir espontáneamente en la regulación jurídica de espectro moral, a partir de la función judicial. Esto los amplifica a tal punto que ya no son susceptibles de enunciación taxativa en una lista cerrada. Dicho elemento se determina porque

los Principios escapan de toda formulación axiomática que permita su deducción mediante algún tipo de algoritmo; dado que, por su naturaleza compleja, dotaría al sistema de imprecisiones a la hora de reconstruir el sistema jurídico. Generando problemas a la hora de deducir respuestas a problemas jurídicos (Dworkin, 2012, p. 197).

Así, en medio de la distinción normas-principios, los conflictos entre estas entidades que se consideran de diferente valor, son difíciles de solucionar incluso para la lógica tradicional. Por esta razón, el mismo Dworkin critica el modelo piramidal del Derecho, junto con la denominada Jurisprudencia Mecánica, que hace referencia a que la solución a un caso concreto “obedece a un algoritmo lógico que subsume un hecho en una determinada formulación normativa” (Dworkin, 2012, p. 43).

Siguiendo lo anterior, Dworkin enfrenta la vocación moral de los principios con las bases axiomático-jurídicas del sistema Jurídico-Positivista, demostrando en esta tensión la imposibilidad de completitud de un sistema de este tipo, dado que es prácticamente improbable determinar la totalidad de sus principios. Sin embargo,

una tesis así permite explicar, en términos estrictamente realistas, la organización jerárquica del orden jurídico: todo se reduce a ideas, a mitos más o menos útiles, apoyados en la actitud general de las personas, y que colocan a ciertas normas en posiciones claves que les permiten presionar sobre los ciudadanos (Guibourg, 2010, p. 70).

A partir de esto, Bayón especifica que las reglas morales están “caracterizadas por juicios relativos a actos genéricos” (Bayón, 1991, p. 321), de lo que surge el concepto de normas probabilísticas, para explicar las reglas que tienen un estándar débil o abierto. Sin embargo, solo se hacen formulaciones abiertas de manera descriptiva, pero estas no sirven como solución en el caso del conflicto entre deberes contenidos y las normas mencionadas. No obstante, estas son equiparadas por Bayón con los deberes *prima facie*, como herramienta para dirimir conflictos entre los mismos. Con todo,

es necesaria una determinación de la estructura de la deliberación moral, más exactamente en cuanto a sus puntos de partida (como principios o reglas morales), y su relación con los juicios morales particulares; con el fin de explicitar una estructura racional de la norma moral (Bayón, 1991, p. 322).

Por otra parte, siguiendo a Lyons, Bayón propone una distinción entre principios morales fuertes y principios morales débiles, atendiendo a “una representación esquemática de juicios o actos particulares frente a casos generales que determinen el tipo de regla moral en cuestión” (Bayón, 1991, p. 323). Dicha representación es:  $(p \& q) \text{ entonces } r$ , en donde la proposición  $q$  determina el elemento contendor de una circunstancia fáctica, de un principio genérico determinado. En esta medida,

la formalización, como herramienta per sé, solo permite destacar una categorización de una norma moral a partir de un hecho fáctico genérico que le de origen, hasta tener como finalidad llegar a una construcción axiomática de formulaciones morales al modo de un principio débil (Bayón, 1991, p. 324).

Al final, son estas normas de corte hipotético las que abarcan, en forma más profunda, la genericidad propia de los principios que se enuncian en forma de reglas morales que, para el caso de este capítulo, son las normas constitutivas de derechos humanos. Es importante tener presente que dicha genericidad no puede constituir nunca una regla última de conducta, ni tampoco una estructura rígida de interpretación. En cambio, conforma

modelos que permiten una gradación más o menos flexible de características morales que pueden adecuarse a preceptos normativos que regulan la aplicabilidad o no de principios extra normativos a casos concretos, es decir, a su adecuación al sistema del Derecho (Luzzatti, 2013, p. 134).

Esta fundamentación es posible por la interpretación de un principio moral, a partir del precepto fáctico que permite su axiomatización hacia arriba del ordenamiento jurídico, tanto nacional como supranacional.

## Conclusiones

El debate sobre la inclusión de principios y valores contenidos en las reglas morales trasciende más allá de las categorías positivistas clásicas, ya que es un juicio en virtud del cual los criterios morales no pueden ser englobados en el estudio del Derecho.

El juicio basado en la inclusión contingente de los derechos humanos también presenta peculiaridades que afectan la estructuración lógica del sistema jurídico, porque su adecuación al ordenamiento se logra ajustando los principios y preceptos lógicos del mismo hacia su concreción, su garantía de cumplimiento y su estructuración en el marco del modelo positivista.

## Referencias

- Agudelo, O. (2017). Lógica tolerante, tercero incluido y permiso débil. En O. Agudelo, J. León, M. Prieto & Y. Reyes, *Lógica aplicada al razonamiento del derecho* (pp. 149-152). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (2013). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires: Astrea S.A.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons S.A.
- Bayón, J. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bobbio, N. (1993). *Liberalismo y democracia*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Pico della Mirandola, G. (2010). Discurso sobre la dignidad del hombre. *Revista digital universitaria*, 11, 1-6.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel S.A.



- Echave, D., Urquijo, M. & Guibourg, R. (2008). *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea S.A.
- Fuller, L. (1967). *La moral del derecho*. México D.F.: Editorial Trillas S.A.
- Garzón, E. (1997). Derecho y moral. En E. Garzón & F. Laporta (Eds.), *El derecho y la justicia* (pp. 397-424). Madrid: Trotta S.A.
- Guibourg, R. (2010). *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea S.A.
- Haberle, P. (2003). *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Granada: Comares S.A.
- Kelsen, H. (2009). *El Estado como integración: una controversia de principio*. Madrid: Tecnos S.A.
- Luzzatti, C. (2013). *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*. Madrid: Marcial Pons S.A.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea S.A.
- Pérez Bermejo, J. (2010). *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid: Marcial Pons S.A.
- Von Wright, G. H. (1979). *Norma y acción*. Madrid: Tecnos S.A.
- Von Wright, G. H. (1997). *Normas, verdad y lógica*. México D.F.: Fontamara S.A.
- Von Wright, G. H. (2002). *Sobre la libertad humana*. Barcelona: Paidós S.A.



APA: Endrizzi, D. (2020). “Las dimensiones de la calidad democrática: un análisis metodológico de la propuesta de Leonardo Morlino.” En O. A. Agudelo Giraldo (Ed.), *Derechos humanos, democracia y poder judicial* (págs. 57-73). Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.  
<https://doi.org/10.14718/9789585133020.2020.3>

Chicago: Endrizzi, Dimitri, “Las dimensiones de la calidad democrática: un análisis metodológico de la propuesta de Leonardo Morlino.” En *Derechos humanos, democracia y poder judicial* editado por Oscar Alexis Agudelo Giraldo, 57-73. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.  
doi: 10.14718/9789585133020.2020.3

## LAS DIMENSIONES DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA: UN ANÁLISIS METODOLÓGICO DE LA PROPUESTA DE LEONARDO MORLINO

3

Dimitri Endrizzi\*

### Un cambio de objeto de estudio en la Ciencia Política

A lo largo del desarrollo de las Ciencias Sociales, los acontecimientos históricos, en muchas ocasiones, han llevado la atención hacia un objeto de estudio específico. Si se quisiera encontrar el principal eje de interés de la Ciencia Política, y en particular de la Política Comparada, en las últimas décadas del siglo pasado, se deberían tomar en cuenta las democratizaciones. Estas conforman un fenómeno multifacético que interesó, en periodos relativamente cercanos, a todo el planeta.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se dio lugar a lo que se conoce como el proceso de descolonización, prevalentemente en continentes como África y Asia. Este fue un fenómeno histórico-político, impulsado por Naciones Unidas, que se materializó a lo largo de diferentes etapas y que implicó la independencia de casi la totalidad de los países que habían sido víctimas de una colonización predominantemente europea (Martínez & Moreno, 1999).

.....  
\* Universidad Católica de Colombia. Contacto: [dendrizzi@ucatolica.edu.co](mailto:dendrizzi@ucatolica.edu.co)

Otros momentos relevantes que despertaron el interés académico, fueron los procesos de democratización en Europa Occidental y en América Latina –en particular los del Cono Sur–, alrededor, respectivamente, de las décadas de los setenta y ochenta. Por una parte, tras la muerte del General Franco, en noviembre de 1975, España emprendió un proceso de transición hacia la democracia, que culminaría en las elecciones del 15 de junio de 1977 y en el referendo que aprobó la Carta Magna, el 6 de diciembre de 1978 (Picarella, 2014; Rivas, 2014).

De igual manera, y más o menos contemporáneo al proceso español, fue el portugués. El 25 de abril de 1974, en Portugal hubo un levantamiento militar que puso fin a la dictadura de António de Oliveira Salazar y dio inicio al proceso de transición hacia la democracia (Soto, 2009).

Así mismo, en julio de 1974, Constantinos Karamanlís regresó del exilio a Grecia, después de varios meses de fuertes enfrentamientos entre militares golpistas, monarquía, militares demócratas y lo que hoy en día se llama sociedad civil. Karamanlís formó un gobierno democrático que, en noviembre del mismo año, convocó elecciones libres (Balios, 2018).

Por otra parte, entre los sesenta, setenta y ochenta, casi la totalidad de Latinoamérica se vio afectada por dictaduras militares, retomando gradualmente, hasta esa última década, el camino hacia la democracia (Serrano, 2010). Los casos emblemáticos, aunque no únicos, que todavía están presentes en la memoria colectiva, fueron los de Argentina y Chile.

Para terminar, y siguiendo las palabras de Huntington, la ola más reciente de los procesos de democratización que despertaron el interés académico tiene que ver con aquellos que se llevaron a cabo en Europa del Este tras la caída del muro de Berlín (1989).

Como se comentó anteriormente, los acontecimientos históricos han jugado un papel muy relevante en la determinación del objeto de estudio de la Ciencia Política. En el ámbito de los procesos de democratización, la Política Comparada ha producido investigaciones que son actualmente referentes importantes para cualquier académico que se acerque a la temática. Algunas de ellas son: *Transition from an Authoritarian Rule*, de Guillermo O'Donnell, Philippe C. Schmitter y Laurence Whitehead (1986); *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, de Samuel Huntington (1991); *Elites and Democratic Consolidation in Latin America and Southern Europe*, de John Higley y Richard

Gunther (1992); los múltiples escritos de Valerie Bunce sobre los procesos de democratización en América Latina y, sobre todo, de Europa del Este; *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, de Juan Linz y Alfred Stepan (1996).

Cada vez más países cuentan con un sistema político que, de alguna forma, puede ser considerado como democrático, lo que implica la superación del umbral que les permite ser categorizados como tales. Es decir, los países cumplen con los requisitos básicos de una definición mínima de democracia, normalmente aceptada en el debate politológico. Entre dichos requisitos están: 1) el sufragio universal masculino y femenino; 2) las elecciones libres, competitivas, recurrentes y justas; 3) la existencia de más de un partido; 4) y las fuentes de información diversas y alternativas (Morlino, 2014).

Desde finales del siglo xx, las grandes olas de democratización han menguado y el principal foco de interés de la Ciencia Política se ha desplazado hacia otros objetos de estudio, entre los cuales está la calidad de las democracias ya consolidadas. Precisamente, Leonardo Morlino es uno de los académicos destacados que se ha dedicado al estudio de esta nueva temática.

A continuación se hará una reflexión, primero, sobre lo que se podría entender como “calidad de la democracia” y, segundo, sobre cómo este concepto se podría volver operativo a través de un proceso de operacionalización.

## De la definición del concepto

¿Qué se entiende por calidad de una democracia? El discurso se hace complejo. Ya no se trata de determinar empíricamente si un país cumple o no con unos requisitos mínimos. Para aclarar, en ningún momento se quisiera afirmar que es una tarea fácil establecer un umbral pasado para que un país sea considerado como democrático. Esto requiere de algo que en las Ciencias Sociales es una mercancía rara: el consenso. De tal forma que este debe darse alrededor de una definición del concepto de democracia, así como de la altura a la cual se va a poner el listón que deberá ser superado. Sin embargo, medir la calidad de una democracia significa dar un paso más.

Dejando a un lado el debate sobre el consenso alrededor de una definición de democracia, es importante poner el foco sobre el concepto de calidad

democrática. Pero, antes de explorarlo, es oportuno entender qué significa investigar este concepto. Según Morlino (2007), estudiar la calidad de una democracia implica incluir dos dimensiones específicas de la misma: una definición mínima y una máxima.

El autor, haciendo referencia al texto *Democrazia e Definizioni*, de Giovanni Sartori (1957), explica cómo el concepto de democracia lleva inevitablemente en sí mismo una dimensión empírica (definición mínima) y una dimensión ideal (definición máxima). Esta segunda dimensión juega un papel importante en la definición de la noción de calidad democrática y en su segmentación.

En cuanto a la dimensión empírica, esta es representada por unos requisitos mínimos necesarios, cuyo incumplimiento elimina la posibilidad de clasificar el régimen político como democrático. Es decir, la definición mínima fija un umbral –común para la literatura política–, conformado por los requisitos nombrados previamente: “sufragio universal, masculino y femenino; elecciones libres, competitivas, recurrentes, correctas; más de un partido; diferentes y alternativas fuentes de información” (Morlino, 2007, p. 5).

En ese orden de ideas, estudiar la calidad desde una perspectiva meramente empírica significaría, en primer lugar, tomar en consideración solamente los países que cuentan con un régimen político que supere el umbral establecido. En segundo lugar, declararía la no inclusión de ningún elemento ideal en la investigación.

Sin embargo, Morlino aclara que Sartori abre otro camino, instando a que se comparen las características empíricas observables en la realidad con los elementos ideales y normativos que hacen parte del “deber ser” de una democracia. En palabras del autor, “buscando los cotejos empíricos a través de un escrupuloso y cuidadoso análisis de qué tanto los ideales y normas éticas han logrado convertirse en una realidad efectiva” (Morlino, 2007, p. 4). O sea, se debe determinar qué hace falta para que los principales objetivos de una democracia ideal, libre e igualitaria, se materialicen en el régimen político que es objeto de estudio (Morlino, 2003).

Asimismo, Morlino (2007) hace referencia a un concepto general de calidad que debería trasladarse a un objeto de estudio tan complejo como la democracia. Al respecto, dice que

1) la calidad es definida por los aspectos del procedimiento fijados cuidadosamente por cada uno de los productos, es decir, está en el seguir procedimientos constructivos precisos y controlados en los tiempos y en los métodos; el cuidado está en los procedimientos; 2) la calidad consiste en el tener un producto que tenga ciertas características constructivas, esté hecho con ciertos materiales, tenga formas y funcionamiento definidos, junto a otros aspectos del producto precisados en detalle: se pone, entonces, atención en el contenido; 3) la calidad del producto o del servicio deriva indirectamente de la satisfacción expresada por el consumidor, también en el volver a solicitar el producto o el servicio, independientemente de cuáles sean los procedimientos y sin necesidad de considerar directa y explícitamente los contenidos del producto o servicio o los procedimientos usados para tener ese producto o servicio, sino confiando simplemente en el resultado (Morlino, 2007, p. 5).

Como en toda investigación científica que utilice algún elemento teórico, el primer paso para determinar empíricamente la calidad de una democracia es definir el concepto de la misma. Según Morlino (2007), una democracia de calidad, o una “buena democracia”, es: “esa ordenación institucional estable que a través de instituciones y mecanismos que funcionan correctamente, realiza la libertad y la igualdad de los ciudadanos” (p. 5). En esta definición, las dimensiones del concepto de calidad se relacionan, respectivamente, con procedimientos, contenidos y resultados. Cada dimensión influye en la caracterización de la investigación empírica.

Morlino (2007) enseña que una buena democracia es un régimen respecto al cual los ciudadanos están satisfechos y, por lo tanto, tiene plena legitimación (calidad respecto al resultado). Para que esto sea posible, las instituciones de dicho régimen tienen que gozar del apoyo de la sociedad civil. De esta manera, pueden cumplir con su labor de materialización de los valores del régimen en cuestión (calidad respecto al contenido).

Siguiendo lo anterior, si las instituciones, las cuales deben dedicar sus esfuerzos a su consolidación y mantenimiento, no pueden cumplir con una materialización de los valores del régimen más allá de la superación de un umbral, se podría decir que estas hacen parte de un régimen democrático, pero no de una buena democracia.

Para finalizar, los ciudadanos deben contar con un mecanismo eficaz para controlar y evaluar la manera en la que los dos macrovalores (libertad e igualdad)

de una buena democracia se materializan en la sociedad. Lo anterior, tomando en consideración si este proceso se da dentro de los límites impuestos por la normatividad vigente, si la aplicación es eficiente, si las inquietudes expresadas por la sociedad civil han sido tenidas en cuenta y de qué manera esto ha sido ejecutado por los representantes democráticamente elegidos, etc. (calidad respecto al procedimiento).

¿De qué manera se definen los conceptos? Hay diferentes caminos. Una herramienta ampliamente utilizada en el ámbito de la Ciencia Política ha sido el *triángulo de Ogden y Richards* (figura 1), adoptado y propuesto principalmente por la Escuela de Sartori (Morlino, 2014). Esta herramienta, conocida también como triángulo de significación o triángulo semiótico, surge en el campo de la lingüística.

En su obra, *The Meaning of the Meaning*, los autores Charles Kay Ogden e Ivor Armstrong Richards, establecen una relación entre los tres componentes del significado, es decir, entre los tres vértices del triángulo. En este orden de ideas, el vértice derecho del triángulo es identificado con cualquier objeto que se pueda observar en la realidad empírica y se le conoce como *referente*; asimismo, el vértice alto del triángulo genera algún pensamiento o referencia; finalmente, el vértice izquierdo del triángulo representa dicho pensamiento o referencia a través de un símbolo.

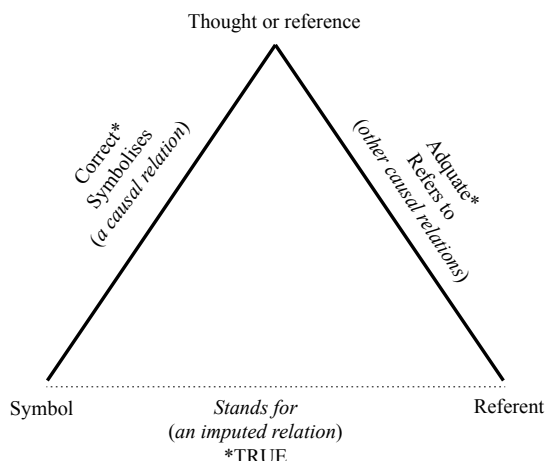


Figura 1. Triángulo de Ogden y Richards.

Fuente: Ogden & Richards, 1923, p. 11.



Traducido al lenguaje de las Ciencias Sociales, un concepto es identificado a través de un término (vértice izquierdo), que presenta un significado (vértice alto), que a su vez permite observarlo en la realidad empírica, a través de un referente (vértice derecho). Siguiendo el ejemplo de Morlino (2014), un partido político (el término) es un conjunto organizado de personas que buscan, a través de medios legales, el control del aparato gubernativo (el significado), cuyo referente son todas las organizaciones observables en la realidad empírica, a través de la definición anteriormente presentada. En este sentido, un sindicato no entra en dicha categoría, porque sus funciones no corresponden a las expresadas en el significado. Por medio de la definición mencionada, solo se pueden observar los partidos políticos que operan en una realidad empírica objeto de estudio.

El triángulo de Ogden y Richards es importante para verificar la correcta definición de un concepto. En el caso de este texto, se puede aplicar de la siguiente manera: hay un término, representado por la expresión “buena democracia”; de igual forma, hay un significado, representado por la definición anteriormente reportada, en la que se expone que es “esa ordenación institucional estable que a través de instituciones y mecanismos que funcionan correctamente, realiza la libertad y la igualdad de los ciudadanos” (Morlino, 2007, p. 5); finalmente, hay un referente empírico, que son todos los países observables por medio de dicha definición. En otras palabras, la explicación que se le da al concepto, tal vez de forma no inmediata y directa, debe permitir encontrar algo en la realidad empírica.

La correcta definición de los conceptos es un paso fundamental para su sucesiva operacionalización. Si esto no ocurre, muy difícilmente se lograrán aplicar a la realidad empírica de forma efectiva. La operacionalización es entendida como los diferentes pasos para atribuir un contenido empírico a conceptos que no se pueden observar o percibir de forma directa en la realidad (Morlino, 2014).

Morlino distingue diferentes momentos del proceso de operacionalización de un concepto empírico: el primero es su definición; el segundo es conocido como segmentación, que implica la descomposición del concepto en sus dimensiones principales; el tercero, no abordado en el presente escrito, consta de la elaboración de indicadores, el mayor número posible, por cada dimensión. Hasta ahora, se ha dado el primer paso en este artículo.

## La segmentación del concepto

Las dimensiones de un concepto surgen de la definición que se le ha dado al mismo y están incluidas en una especie de “campo semántico”. Al respecto, hay dos puntos que vale la pena destacar: uno de ellos, que se abordará más adelante, implica que dichas dimensiones deben mantenerse en el mismo nivel de abstracción.

El otro tiene que ver con que las dimensiones determinadas no pueden salirse del campo del concepto, de otra manera habría una situación que, siguiendo a Sartori, se podría definir como “estiramiento semántico”. En esta, el significado de una dimensión específica desbordaría el campo del significado del concepto mismo y, en algunos aspectos, presentaría más características definitorias de las atribuidas a este.

Para simplificar un poco el discurso, sería como si se dividiera una manzana en diferentes partes y, al recomponerla, una parte de ella ya no encajara en la manzana original, porque es demasiado grande. Obviamente, en el ejemplo empleado hay una realidad física que lo impide. No obstante, cuando estamos hablando de conceptos empíricos, lo estamos haciendo sobre algo que no se puede observar ni percibir de forma directa en la realidad, sino que esto ocurre después de haberlos definido.

De acuerdo con Morlino (2007), la definición de buena democracia, anteriormente presentada, supone hablar de seis dimensiones (se verán a continuación) que pueden ser interpretadas como sus propiedades o sus cualidades. En palabras del autor, “se pasa de la calidad democrática más en general, como ha sido antes definida, a las calidades democráticas más específicas, como ahora se pueden precisar” (Morlino, 2007, p. 6). Vale la pena aclarar que las primeras tres dimensiones son de carácter exclusivamente procedimental, debido a que se relacionan solo indirectamente con los contenidos y se enfocan en las reglas del juego.

La primera dimensión es la denominada *rule of law*. Este concepto se relaciona con el respeto a la ley y con la garantía de un sistema legal que debe presentar unas características específicas, tales como: no retroactividad, publicidad, generalidad y estabilidad. A esto se suma el control civil de los militares y la independencia del poder judicial. Morlino (2007) propone una ulterior caracterización del concepto de *rule of law*, en relación con el de buena democracia, aludiendo a las siguientes propiedades:

la aplicación *erga omnes* de un sistema legal, también supranacional, que garantiza derechos e igualdades de los ciudadanos; la consecuente ausencia, incluyendo el nivel local, de áreas dominadas por organizaciones criminales; la ausencia de corrupción en los aparatos políticos, administrativos, judiciales; la existencia de una burocracia civil, central y local, competente, eficiente y universalista en la aplicación de las leyes y responsable en caso de error; la existencia de fuerzas de policía eficientes y respetuosas de los derechos y de las libertades existentes y efectivamente garantizadas; el igual y fácil acceso de los ciudadanos a la justicia en caso de contencioso entre privados o bien entre privados e instituciones públicas; la razonable duración del proceso penal y del contencioso civil o administrativo; la completa independencia del juez o del jurado de cualquier influencia del poder político (p. 6).

La segunda dimensión es *electoral accountability* o responsabilidad electoral. Es lo que un elector o gobernado puede hacer valer frente a un elegido o gobernante, a través de un proceso periódico y cíclico. Haciendo referencia a una conceptualización de Andreas Schedler (1999), Morlino (2007) presenta los tres aspectos de la *accountability*: información, justificación y sanción o recompensa.

La información se relaciona con el actuar del político, o del organismo político en cuestión, y es un elemento necesario para evaluar la posible responsabilidad. La justificación se refiere a las razones provistas, por los entes descritos anteriormente, debido a su actuar. La sanción o recompensa se relaciona con el comportamiento del elector frente a una evaluación de la información disponible y la justificación.

En palabras simples, un elector decide si volver a votar por un candidato, teniendo en cuenta que la información disponible y la justificación otorgada por el mismo, en relación con su actuar, coincidan con sus expectativas respecto a la representación efectiva de sus intereses personales.

La tercera dimensión es *interinstitucional accountability* o responsabilidad interinstitucional. Es la “responsabilidad que hacen valer frente a los gobernantes otras instituciones o actores colectivos que tienen conocimientos y poder para evaluar el comportamiento de los gobernantes” (Morlino, 2007, p. 7). De acuerdo con O’Donnell (1999) y Schmitter (1999), citados por Morlino, se trata sustancialmente de un mecanismo de control de las actividades de gobierno, ejercido por otras instituciones, por ejemplo el parlamento, la magistratura constitucional (si

está activa), los partidos políticos, los medios de comunicación, los sindicatos, las asociaciones empresariales, etc.

La cuarta dimensión es *responsiveness* o reciprocidad. Se relaciona con el resultado, “en el sentido de la capacidad de respuesta que encuentra la satisfacción de los ciudadanos y de la sociedad civil, más en general” (Morlino, 2007, p. 7). Siguiendo a Eulau y Karps (1977), Morlino presenta cuatro elementos que se vinculan entre sí, y a la luz de los cuales puede ser vista la reciprocidad. Entonces, refiere:

a las políticas en el centro de la atención pública, a los servicios para asegurar a los individuos y grupos que se representan, a la distribución de beneficios materiales a los propios representados a través de la administración pública o, de otro modo, a la donación de bienes simbólicos que crean, refuerzan o reproducen un sentido de confianza y apoyo de los representantes hacia los representados (Morlino, 2007, p. 7).

Las últimas dos dimensiones son las sustantivas de la buena democracia, en otras palabras, son los dos valores constitutivos de la misma: la libertad y la igualdad. Por una parte, la libertad se refiere a los derechos políticos y civiles. Por otra, la igualdad o solidaridad política, social y económica se traduce en los derechos sociales. En su nivel operativo, es algo que atañe a la disminución de la desigualdad presente y a la remoción de los principales obstáculos para alcanzar tal objetivo.

Es importante retomar lo que puntualiza Morlino (2007) respecto a la propuesta de Lijphart (1999) y de Altman y Pérez-Linan (2001) sobre la suma de dos dimensiones más, de carácter procedimental, al concepto de calidad democrática, que son la participación y la competición. Morlino (2007) expone:

La posición que sostengo aquí es que estas dos dimensiones, a pesar de ser muy importantes, sobre todo en una concepción liberal de la democracia, pueden ser condiciones importantes para el rule of law, la accountability, sobre todo la electoral, pero también para la reciprocidad y el respeto pleno por lo menos de los derechos de libertad. Es decir, se trata de aspectos que no conciernen directamente a la calidad democrática, pero sí a las condiciones de esta (p. 8).

La última frase de Morlino abre la puerta a una importante reflexión metodológica que se relaciona con la *escala de abstracción* propuesta por Sartori (2011). Este último autor, en un escrito que se ha vuelto un clásico de la Ciencia Política, *Malformación de los conceptos en política comparada*, plantea la problemática

de los componentes verticales de un concepto, refiriéndose al “recorrido” de este a lo largo de la escala de abstracción.

Lo primero que Sartori destaca, es que una escala de abstracción se relaciona con conceptos empíricos, los cuales pueden ser reconducidos a una realidad observable o, con más precisión, a una realidad empírica. Es más, estos conceptos no solamente nacen del pensamiento teórico, sino que, en palabras del autor, son repetibles y observables.

Sartori (2011) dice que un investigador se enfrenta a una problemática doble. En primer lugar, porque tiene que determinar el nivel de abstracción de los conceptos empíricos. En segundo lugar, porque tiene que conocer las reglas que les permiten moverse, subir y descender, por la escala de abstracción. Para ello, el autor introduce una diferenciación entre denotación o extensión y otra entre connotación o intensidad<sup>1</sup> de un concepto.

Una definición normalmente compartida en la Ciencia Política, es que “la extensión de una palabra es la clase de *cosas* a la cual se aplica dicha palabra; la intensidad de una palabra es el conjunto de *propiedades* que determinan las cosas a las cuales es aplicable esa palabra” (Sartori, 2011, p. 47). O sea, la connotación de un concepto refiere a sus características definitorias, mientras la extensión del mismo atañe a los objetos empíricos que se pueden observar a través de dichas características.

Sartori (2011) propone una primera regla básica para subir en la escala de abstracción, esto es, para aumentar el nivel de generalidad de un concepto, la cual consiste en que “para aumentar la extensión de un término se debe reducir su connotación” (p. 47). Como consecuencia, para disminuir la extensión de un concepto hay que aumentar su connotación. Este discurso solo es aparentemente complejo y, para entenderlo mejor, puede vérselo a través de un ejemplo.

El concepto de estudiante presenta una connotación muy baja y una extensión muy alta, lo que significa que ha sido definido de forma “pobre”, en otras palabras, que las características que lo precisan son pocas. Por esta razón, puede abarcar una realidad empírica muy amplia. La Real Academia Española define el término estudiante como “persona que cursa estudios en un establecimiento de

1 El término ha sido traducido al idioma castellano también como *intensidad*. Por ejemplo, en Morlino, L. (2014). *Introducción a la investigación comparada*. Madrid: Alianza.

enseñanza” (RAE, 2019). Si se utilizara tal descripción como un lente para observar la realidad empírica, se podría abarcar a todos los estudiantes del mundo.

Pero, ¿qué sucede si se aumenta el nivel de definición del concepto? Es decir, ¿su connotación o intensión? Si se hablara de un(a) estudiante colombiano(a) de posgrado, el poder empírico de dicho concepto se reduciría. Los elementos (referentes) empíricos observables a través de su definición serían menores.

Los problemas suelen surgir en los extremos de la escala. Un concepto muy amplio, con un bajo nivel de connotación, tendrá un poder empírico muy alto, pero será tan general que no alcanzará a detectar las diferencias entre fenómenos. Por el contrario, un concepto demasiado detallado, con un nivel muy alto de connotación, logrará aplicarse a un número muy reducido de casos empíricos.

¿Cuál es la importancia de una escala de abstracción? Resumiendo un poco, cuando se baja a lo largo de ella, las dimensiones del concepto que se está determinando deben mantenerse en el mismo nivel de abstracción. De aquí lo que puntualiza Morlino, respecto a que la participación y la competición son condiciones importantes para dimensiones como *rule of law*, *accountability*, así como para la reciprocidad y el respeto pleno, por lo menos, de los derechos de libertad. No obstante, estas no pueden ser consideradas como dimensiones autónomas, sino que, algunas de ellas, podrían ser subdimensiones de la buena democracia.

El asunto no es marginal. Mantener las diferentes dimensiones de un concepto en el mismo nivel de abstracción es un paso fundamental, que tiene que ser respetado para que haya un correcto proceso de operacionalización de las mismas. Sartori ha insistido, a lo largo de toda su carrera académica, que no respetar esta regla puede llevar a una mala clasificación, la cual no permitirá que el concepto operativizado, en este caso el de la buena democracia, desprenda su potencial en términos de análisis empírico.

Para finalizar este texto, es fundamental comentar la conceptualización de Morlino a la luz de tres problemas, identificados por Tussel Collado y otros autores, que podrían afectar el proceso de análisis de la calidad de una democracia y que posiblemente estén presentes.

El primer problema es la interrelación entre dimensiones del concepto. Tussel Collado (2015), citando a Mazzuca (2007) y a Munck (2012), plantea la posibilidad de que las diferentes dimensiones de la noción de calidad democrática presenten relaciones de causa y efecto entre sí, por lo que no serían totalmente

independientes. Morlino (2007) reconoce dicha situación y dice que existe una inevitable y continua interrelación entre las diferentes dimensiones de la buena democracia.

Ahora bien, ¿es algo que podría limitar el potencial analítico? Posiblemente no. La buena democracia y la democracia misma son conceptos con un altísimo nivel de complejidad. Ludwig von Bertalanffy (1976), con su teoría general de los sistemas, y los estudios sucesivos inspirados en ella, mostraron cómo las interrelaciones entre partes de un sistema son elementos fundacionales del mismo.

En este sentido, sin interrelaciones entre partes un sistema no se podría definir como tal. El problema no son entonces las conexiones de causa-efecto que intervienen entre las dimensiones del concepto de buena democracia propuesto por Morlino, sino una postura teórico-epistemológica que muestra las interrelaciones como una limitación.

El segundo problema que plantea Tussel Collado (2015), al igual que el anterior, puede relacionarse con la conceptualización de Morlino, y tiene que ver con el carácter ideal de algunas dimensiones de la noción de calidad democrática. Dicho autor adopta el discurso de Sartori, quien, de hecho, ni siquiera considera esto como un problema.

Para Sartori, incluir elementos ideales en la definición de conceptos y aterrizarlos a la realidad empírica es algo que enriquece la investigación. El paso obligatorio es la atribución de contenidos empíricos a los componentes ideales del concepto. El autor propone hacerlo, determinando el nivel de materialización de estos elementos en la realidad observada. Su discurso es muy sólido y abre espacios siempre novedosos en la investigación empírica. Lo ideal no presenta umbrales. Al respecto, y dando un paso más, se encuentra la siguiente inquietud: ¿Puede existir un concepto de calidad democrática sin un componente ideal?

Respecto al tercer problema, el de la caracterización personal y subjetiva, hay dimensiones del concepto de buena democracia que tienen que ver con el resultado, las cuales podrían irremediablemente estar vinculadas con percepciones. En particular, si se considera la responsabilidad electoral, ¿cómo evitar el elemento personal?

En lo que concierne a dicha dimensión, Morlino (2007) habla de tres aspectos: la información provista respecto al actuar político del elegido, la justificación por ello y el proceso de sanción-recompensa por parte del elector. Este último

aspecto, en momentos electorales, es algo que no se relaciona con nada objetivo. Es un proceso que se refiere a las percepciones y valoraciones de un elector, en torno a la justificación de un gobernante sobre su actuar. Entonces, es válido preguntar, ¿cómo medir de forma objetiva una dimensión que pasa obligatoriamente por la percepción de un elector? Se puede, pero se estaría midiendo objetivamente algo que no lo es.

En este orden de ideas, son considerados como falsos problemas tanto la presencia de interrelaciones entre diferentes dimensiones del concepto, así como los elementos ideales en la investigación empírica y su carácter personal y subjetivo. El proceso de castigo-recompensa en una democracia es un elemento demasiado importante para ser ignorado solamente porque no es posible alcanzar una quimérica objetividad en el análisis.

## Conclusiones

Al menguar las diferentes olas de democratizaciones, disminuyeron estos procesos como el principal objeto de estudio de la Ciencia Política. De esta manera, se ha ido dando paso, durante los últimos veinte años, a otras temáticas en la investigación politológica, como la calidad de las democracias ya consolidadas.

Leonardo Morlino ha sido uno de los principales académicos en el abordaje de este tema. El autor define una democracia de calidad como “esa ordenación institucional estable que, a través de instituciones y mecanismos que funcionan correctamente, realiza la libertad y la igualdad de los ciudadanos” (Morlino, 2007, p. 5).

En el proceso de operacionalización, el cual es necesario para atribuir un contenido empírico a conceptos abstractos que no se pueden observar ni percibir de forma directa en la realidad, el primer paso consiste en establecer de forma clara un término. Así, se hace posible que dicha noción pueda desarrollar su potencial analítico.

El segundo paso establecido por Morlino es segmentar el concepto, determinando sus principales dimensiones. El autor identifica seis: *rule of law*, *accountability* electoral, *accountability* interinstitucional, *responsiveness*, libertad e igualdad. De estas excluye dos dimensiones clásicas de la democracia, como son



la participación y la competición, contempladas en los planteamientos de autores como Lijphart o Altman y Pérez-Linan.

Lo anterior, debido a un problema que se relaciona con la escala de abstracción de Sartori, aunque Morlino no lo expone específicamente en estos términos. Tanto la participación como la competición son vistas por el autor como características funcionales a la materialización de las demás dimensiones, pero no como dimensiones autónomas del concepto.

En lo que concierne a este documento, el proceso de segmentación del concepto llevado a cabo por Morlino no sufre de los principales problemas de los procesos de operacionalización, que son típicos en el ámbito del análisis político sobre la calidad de las democracias.

Es fundamental poder retomar las formas en las que los análisis de Morlino aportan a develar los falsos problemas relacionados a las dimensiones del concepto de calidad democrática. En primer lugar, la interrelación existente entre dimensiones, reconocida por el autor, es una característica intrínseca de dicho concepto. Esto solo podría originarse como “problema” en el ámbito de visiones teórico-epistemológicas que no logren contemplar dicha noción en toda su riqueza.

En segundo lugar, otros autores también han establecido como un “problema” el carácter ideal de algunos elementos del concepto de calidad democrática. Al respecto, vale la pena recordar que Sartori promueve el uso de elementos ideales, que se contrastan con la realidad empírica para observar en ella su materialización.

En tercer lugar, también se puede evidenciar como un falso problema el carácter subjetivo de algunas dimensiones, por ejemplo en lo que tiene que ver con la percepción del elector. Procesos como el castigo-recompensa de los votantes hacia los elegidos, están irremediabilmente vinculados a percepciones y a falta de objetividad, lo cual no constituye razón suficiente para excluir dicha dimensión de un análisis que pretenda contemplar el concepto de calidad democrática.

## Referencias

- Altman, D. & Pérez-Liñán, A. (2001). Assessing the Quality of Democracy: Freedom, Competitiveness and Participation in 18 Latin American Countries. *Democratization* 9(2), 85-100.
- Balios, S. I. (2018). Grecia de la dictadura a la democracia (1974-1986): ¿Continuidad o ruptura? *Historia Autónoma*, (12), 225-242.
- Bertalanffy, L. Von (1976). *Teoría general de los sistemas: fundamentos, desarrollo, aplicaciones*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Eulau, H. & Karps, P. (1977). The Puzzle of Representation: Specifying Components of Responsiveness. *Legislative Studies Quarterly*, 2(3), 233-254.
- Gómez Fernández, A. B. (2011). La llegada de la democracia al mediterráneo: las transiciones de Portugal, Grecia y España [en línea]. *Historia Actual Online*, (25), 7-18. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3670739>.
- Huntington, S. (1991). *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press.
- Lijphart, A. (1999). *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-six Countries*. New Haven: Yale University Press.
- Martínez, J. U. & Moreno, J. (1999). Descolonización y Tercer Mundo. *Cuadernos de Historia Contemporánea*, (21), 147-160.
- Morlino, L. (2003). *Democrazie e democratizzazioni*. Bologna: Il Mulino.
- Morlino, L. (2007). Explicar la calidad democrática: ¿Qué tan relevantes son las tradiciones autoritarias? *Revista de Ciencia Política*, 27(2), 3-22.
- Morlino, L. (2014). *Introducción a la investigación comparada*. Madrid: Alianza.
- O'Donnell, G. (1999). *Counterpoint: Selected Essays on Authoritarianism and Democratization*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Ogden, C. K. & Richards, I. A. (1923). *The Meaning of Meaning: A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*. Magdalene College: University of Cambridge.
- Picarella, L. (2014). *De la transición al zapaterismo: la evolución del sistema político español entre presidencialización y personalización*. Bogotá: Planeta.
- Real Academia Española, RAE (2019). *Diccionario de la lengua española* [en línea]; <https://dle.rae.es/estudiante?m=form>
- Rivas, M. (2014). La transición española: la historia de un éxito colectivo. *Aequitas*, (4), 351-387.

- Salguero Lamillar, F. J. (2001). Teoría general de los signos y del significado. En A. Nepomuceno, J.F. Quesada & F.J Salguero, *Información: tratamiento y representación* (pp. 41-58). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Sartori, G. (1957). *Democrazia e Definizioni*. Bologna: Il Mulino.
- Sartori, G. (2011). *Cómo hacer ciencia política: lógica, método y lenguaje en las ciencias sociales*. Madrid: Taurus.
- Schedler, A. (1999). Conceptualizing Accountability. En A. Schedler, L.J. Diamond & M. Plattner, (Eds.), *The Self-restraining State: Power and Accountability in New Democracies* (pp. 14-17). Boulder: Lynne Rienner.
- Schmitter, P. (1999). The limits of horizontal accountability. En A. Schedler, L.J. Diamond & M. Plattner (Eds.), *The Self-restraining State: Power and Accountability in New Democracies* (pp. 59-62). Boulder: Lynne Rienner.
- Serrano, F. V. (2010). Estado, golpes de Estado y militarización en América Latina: una reflexión histórico-política. *Nueva Época*, 64, 175-193.
- Soto, A. (2009). La transición a la democracia en el sur de Europa: la historia como instrumento para su comparación. *Estudios Internacionales*, 162, 7-30.
- Tussel Collado, A. (2015). La calidad de la democracia y sus factores determinantes: un análisis comparado de 60 países. *Política y Sociedad*, 52(1), 179-204.



APA: Prieto Fetiva, C. H. (2020). ¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas? Aportes para una reconciliación entre democracia y constitucionalismo. En O. A. Agudelo Giraldo (Ed.), *Derechos humanos, democracia y poder judicial* (págs. 75-100). Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133020.2020.4>

Chicago: Prieto Fetiva, Camilo Humberto, “¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas? Aportes para una reconciliación entre democracia y constitucionalismo.” En *Derechos humanos, democracia y poder judicial* editado por Oscar Alexis Agudelo Giraldo, 75-100. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. doi: 10.14718/9789585133020.2020.4

## ¿CUALQUIER INTERÉS DEMOCRÁTICO DEBE PRODUCIR CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS? APORTES PARA UNA RECONCILIACIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO\*

Camilo Humberto Prieto Fetiva\*\*

### Introducción

En Colombia, desde finales de 2015 y hasta inicios de 2017, hubo un fuerte debate moral, político y, sobre todo, constitucional, que se dio gracias a una propuesta de la senadora Viviane Morales Hoyos. Esta buscaba, mediante referendo, permitir la adopción de menores de edad solo a parejas heterosexuales, lo que

---

\* El presente escrito hace parte del trabajo de investigación realizado por el autor en el Grupo de Estudios Legales y Sociales “Phronesis”, adscrito al Centro de Investigaciones de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC), en el marco del proyecto titulado: *Derechos Humanos, Interculturalidad y Ética Pública*, bajo la dirección del profesor Oscar Alexis Agudelo Giraldo.

\*\* Abogado y especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica de Colombia. Candidato a magister en Justicia y Tutela de Derechos con énfasis en Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: camilohumberto@hotmail.com, chprieto@ucatolica.edu.co.

traería consigo que las parejas del mismo sexo, e incluso las personas solteras, no pudieran adoptar<sup>2</sup>.

Para lograr su cometido, la senadora recaudó un total de dos millones ciento treinta y cinco mil firmas (Redacción Política, 2016). Sin embargo, el 10 de mayo de 2017, cumpliendo con el trámite legal establecido, la Comisión Primera de la Cámara de Representantes negó dicha iniciativa legislativa, acarreando consigo la imposibilidad de que esta llegase a las urnas (Redacción Política, 2017).

No obstante, en un supuesto de hecho, si la propuesta hubiese llegado a las urnas, probablemente habría prosperado, dado que Colombia es un país con una fuerte tradición conservadora y es de mayoría católica<sup>3</sup>. En este sentido, y a través del ejercicio democrático, es decir, de la imposición de las mayorías, la senadora Morales buscaba limitar la decisión de adoptar, o sea, coartar el ejercicio del derecho fundamental al desarrollo libre de la personalidad.

Esta situación revivió un viejo debate que, pese a tener sus orígenes en el siglo XVII, sigue vigente en los Estados democráticos actuales. Por un lado, se encuentran las denominadas posiciones constitucionalistas, que parten de la idea de limitar el poder legislativo, dado que este no puede transgredir normas de carácter constitucional, como son el principio de igualdad y los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2016), los cuales se emplean en la generación de demarcaciones a la voluntad mayoritaria (Ferrajoli, 2009).

En contraposición a ellas se sitúan las llamadas perspectivas democráticas, que rechazan enfáticamente las posiciones nombradas previamente, debido a que la rigidez constitucional, pilar de las mismas –y que será desarrollado más adelante–, limita los poderes de las generaciones futuras y, a su vez, de la misma democracia política (Ferrajoli, 2009).

---

2 Téngase en cuenta que mediante Sentencia C-071 de 2015, la Corte Constitucional Colombiana permitió la adopción por parte de parejas del mismo sexo, siempre y cuando dicha solicitud recaiga en el hijo biológico de uno de los compañeros o compañeras permanentes. Igualmente, en la Sentencia C-683 de 2015, la Corte Constitucional estableció que las parejas del mismo sexo pueden aplicar al proceso de adopción, siguiendo los parámetros establecidos en la normatividad que regula el tema, con fundamento en el interés superior del menor. Sobre esta situación véase De Felice (2016).

3 Prueba de ello fue que en el Anuario Pontificio 2017 y de Estadísticas de la Iglesia 2015 que dio a conocer el Vaticano, Colombia se ubica como el sexto país con mayor número de católicos en el mundo, con un total de 45,3 millones, superando a países como España o Argentina (Redacción Vida, 2017). Adicionalmente, muchos movimientos e iglesias cristianas aprobaron la propuesta de la senadora Morales, sobre esto véase el artículo: La carta de los cristianos al Congreso (2017).

•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

Estos pensamientos encuentran su fundamento en la “prohibición de atar a sus hijos”, formulada por el filósofo inglés John Locke, en los siguientes términos: “cualquier compromiso o promesa que alguien haya hecho por sí mismo, está bajo la obligación de éste, pero no puede por ningún pacto que sea, atar a sus hijos a la posteridad” (Locke, 1988, p. 346).

En este orden de ideas, existe una tensión entre democracia y constitucionalismo, puesto que para algunos constitucionalistas la primera es un peligro, mientras que para algunos demócratas el segundo es un fastidio (Holmes, 1999). Esta situación, materializada en el ejemplo reseñado inicialmente, lleva a plantear algunos interrogantes. Entre ellos, y teniendo en cuenta que la participación democrática constituye un derecho político de rango fundamental, se podría preguntar: ¿cualquier interés democrático es vinculante?, es decir, ¿cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?

Para dar respuesta a esto, en el presente texto se tratarán los siguientes tópicos: en primera medida, se abordarán la postura democrática y sus implicaciones; luego, se profundizará en la postura constitucionalista y en los elementos que hacen parte de ella; finalmente, se propondrá la figura del constitucionalismo democrático como solución a esta dicotomía.

No sobra advertir que esta problemática no es propia de ninguna disciplina, por lo que el presente trabajo marca un punto de intersección entre la Filosofía Política, la Filosofía Jurídica, el Derecho Constitucional y la Teoría del Derecho.

## Metodología

El método investigativo que se emplea en el presente trabajo es de tipo dialéctico, puesto que se contrastan posiciones. En primer lugar se presenta una tesis, que es la postura democrática; luego se aborda su antítesis, que es el constitucionalismo; finalmente se propone una síntesis a este problema, que es el constitucionalismo democrático.

## Postura democrática

La postura democrática, como se enunció anteriormente, encuentra su fundamento en el principio de “prohibición de atar a sus hijos”, formulado por Locke (1988). Esta concepción es entendida como una forma de gobierno en la que el

poder es ejercido por los representantes que son escogidos por la mayoría<sup>4</sup>. En este sentido, las decisiones adoptadas por ellos son la manifestación del pueblo (Ferrajoli, 2016). En palabras de Abraham Lincoln (1863)<sup>5</sup>, “un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.

Dicha idea, en su acepción formal<sup>6</sup>, rechaza el precompromiso constitucional, debido a que este instituye límites a los legisladores, lo cual va en contravía de la idea de soberanía popular. Lo anterior, en la medida en que esta no pertenece a nadie más que al pueblo (Ferrajoli, 2009) y al establecerse límites en contra de la manifestación popular se estaría ante la presencia de la usurpación de dicha soberanía.

Por lo anterior, esta visión democrática encuentra su desarrollo en posiciones como las de Thomas Paine y Thomas Jefferson. Para Paine (1995), cada generación, así como la que le precedió, debe tener libertad para decidir sobre los asuntos que se le presenten, porque los muertos no deben determinar a los vivos. Así pues, cuando una persona muere, ya no cuenta con autoridad para indicar cómo debe organizarse o administrarse el gobierno.

En ese mismo sentido, la idea de precompromiso constitucional debe tener legitimidad solo para la generación que la adopta y no para las siguientes. Así, “la generación actual tiene el derecho ilimitado e ilimitable de remodelar las instituciones bajo las cuales vive. El único consentimiento que legitima cualquier forma de gobierno es *el consentimiento de los vivos*” (Holmes, 1999, p. 224).

Bajo la visión de Paine, y el carácter temporal del precompromiso, sería coherente y consecuente que, en un determinado territorio X, en el que una generación anterior haya decidido abolir la pena de muerte y una generación presente la instaure nuevamente, fuese posible que una generación futura pudiese abolirla.

En cambio, sucede algo que resulta de cierta manera contradictorio con la noción de Jefferson, teniendo en cuenta que para él, como resalta Holmes (1999),

---

4 No sobra mencionar que existen sistemas de elección proporcional, en los cuales la mayoría de los gobernantes pertenecen a la mayoría de electores y la minoría de representantes corresponden a la minoría de electores. Esta figura encuentra su fundamento en la obra del filósofo y economista inglés John Stuart Mill (1878).

5 Esta frase fue pronunciada durante el discurso que brindó Abraham Lincoln en la ciudad de Gettysburg (Pensilvania), en el marco de la Guerra Civil estadounidense.

6 La democracia formal tiene que ver “con el quién (el pueblo o sus representantes) y el cómo (la regla de la mayoría) de las decisiones, pero sería independiente de qué se decide, es decir, de los contenidos, aunque éstos fueran antiliberales, antisociales e incluso antidemocráticos” (Ferrajoli, 2009, p. 75).



•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

las constituciones imponen límites sobre los legisladores, lo que imposibilita la negación de libertades consagradas en la declaración de derechos. Empero, al mismo tiempo, considera que los pueblos son señores y amos de sí mismos, que pueden gobernarse como les plazca y que, a casusa de esto, tanto la Constitución como las leyes tienen un carácter temporal, mas no perpetuo, considerando que la muerte física de los redactores de la primera trae consigo su muerte espiritual<sup>7</sup> (Jefferson, 2004).

Atendiendo esta perspectiva, los límites bajo los cuales se ciñe el legislador son los que se le han dado durante su tiempo y no los impuestos por legisladores del pasado. Por ejemplo, bajo esta visión:

- Los constituyentes del país K, en el año 0010, establecen como uno de los principios rectores de su constitución el respeto por la libertad y la prohibición de la esclavitud.
- En el año 0012, debido a cambios políticos, se piensa modificar la Constitución, de tal manera que se permita la esclavitud.
- Debido a que la Constitución del 0010 indica que el respeto a la libertad es uno de sus principios rectores, la reforma a la misma no procede y, por lo tanto, no se revive la figura de la esclavitud.
- Sin embargo, transcurridos cien años, es decir, en el 0102, se vuelve a presentar la misma propuesta de reforma.
- Para esta fecha, los redactores ya están fallecidos y, con esto, el espíritu de la Constitución misma, por lo que es procedente la reforma. Así, se revive la esclavitud, debido a que los legisladores del pasado no pueden imponer límites a los actuales.

Actualmente, gracias al profesor norteamericano Jeremy Waldron<sup>8</sup>, las posiciones de Jefferson y Paine, pese a ser de los siglos XVII y XVIII<sup>9</sup>, están teniendo

.....  
7 La crítica del carácter permanente de las Constituciones, que formula Jefferson, se debe a que la idea de que algo sea o pueda ser perpetuo es moralmente aborrecible, debido a que, al tiempo, se continúan servidumbres y monopolios (Holmes, 1999).

8 En la actualidad, según reseña Cristina Foroni (2015), Waldron se ha convertido en un referente en la Teoría y Filosofía del Derecho, más específicamente en los problemas que se desprenden de la relación entre la democracia y los derechos fundamentales, debido a que centra la atención en las prácticas democráticas, mas no en la protección y aplicabilidad de dichos derechos.

9 A pesar de esto, ha tenido una constante aplicación durante los siglos XX y XXI. Ejemplo de esto es la iniciativa de la senadora Morales, mencionada en la introducción de este escrito.

—teóricamente hablando— una gran acogida. Para este autor, según indica Santiago Virgüez (2015), las decisiones políticas fundamentales deben ser adoptadas por la mayoría mediante mecanismos de votación, lo que constituye una concepción democrática coherente con la idea de la premisa mayoritaria.

Su fundamentación radica en que, primero, cuando se adopta una decisión aprobada por la mayoría, se genera que este punto de vista predomine con “fuerza vinculante”, inclusive sobre personas que no lo compartan; segundo, en que el proceso de mayorías tiene un carácter neutral, debido a que posibilita la interacción y participación directa de todos los miembros de una comunidad, o de toda la ciudadanía, ya que cada opinión tiene el mismo valor, esto es, una persona, igual un voto (Virgüez, 2015).

Lo anterior se condensa en la siguiente figura:

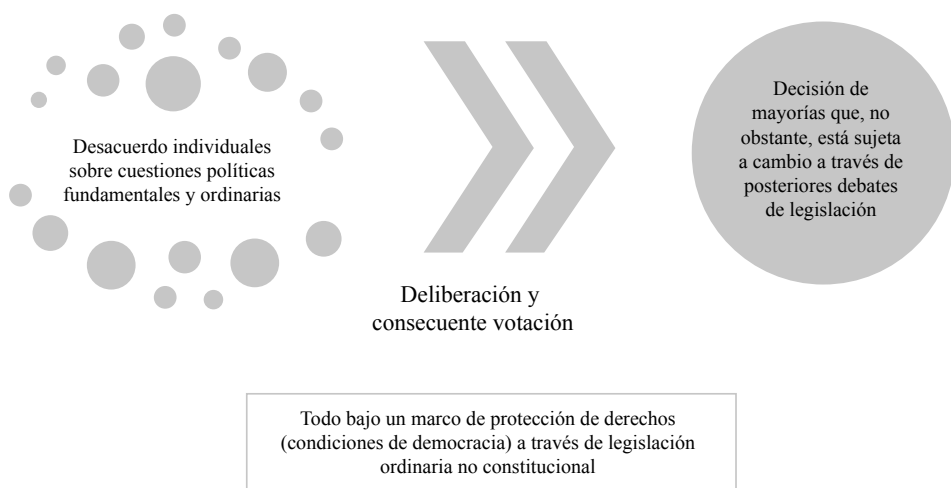


Figura 1. Tomada de *Democracia, desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin – Waldron* (Virgüez, 2015, p. 13).

En este sentido, la posición de Waldron está fundada en la idea de deliberación<sup>10</sup>, que está en manos del legislativo, cuya finalidad principal no es lograr

10 La democracia deliberativa encuentra como representante en Europa a Jurgen Habermas (2005), en Norteamérica a John Rawls (2006), en Latinoamérica a Roberto Gargarella (2006) y en Colombia a Oscar Mejía Quintana (1998). Esta forma de entender la democracia se sustenta en la teoría del discurso habermasiano, la cual

•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

un consenso, sino que, por el contrario, tiene que ver con sentar las bases del desacuerdo (Virgüez, 2015), las cuales abarcan los cuestionamientos sobre qué se está discutiendo, por qué se discute y hacia dónde va la discusión. Dicho en otras palabras, cuando se habla de deliberación, casi siempre se tiene la creencia de que esta lleva al consenso, pero cuando existen diversas opiniones (circunstancias de disenso) puede que lo que acarree sea todo lo contrario, es decir, el desacuerdo (Waldron, 2004).

Después de sentar las bases del disenso, se procede a una deliberación democrática sobre lo ya desacordado (figura 1), en la que se expresan argumentos sobre las distintas posiciones y visiones que hacen parte del mismo, para finalmente obtener una decisión mayoritaria, que no es definitiva, debido a que en futuros debates puede sufrir modificaciones (Waldron, 2005).

De esta forma, la noción de Waldron encaja en una de carácter procedimental, más específicamente dentro del denominado procedimentalismo débil (Linares, 2008). Esto tiene las siguientes implicaciones:

1. La decisión política fundamental debe ser tomada por un órgano facultado para ello, esto es, por el Congreso (Virgüez, 2015).
2. La importancia reside en el hecho de que las personas tengan manera de intervenir, ya que la participación, en términos del autor, constituye “el derecho de derechos” (Waldron, 2005, p. 337)<sup>11</sup>.

---

toma como referente dos visiones: la liberal y la republicana (Mejía, 1996). Dichas ideas fueron planteadas por Rawls en el liberalismo político (2011), las cuales, a su vez, recientemente tuvieron una revisión teórica por parte de Marta Nussbaum (2014). En este sentido, la teoría discursiva

asume elementos de ambas concepciones y los integra en el concepto de un procedimiento ideal para la deliberación y la toma de resoluciones. Pues el procedimiento va a generar una conexión interna entre negociaciones, discursos de autocomprensión y discursos referentes a la justicia, convencida de que, en tales condiciones pueden alcanzarse resultados racionales y equitativos. La autocomprensión normativa de la política deliberativa exige de la comunidad jurídica un modo discursivo de socialización (Mejía, 2008, p. 165).

Además, no sobra agregar que Habermas, según señala Domínguez (2013), menciona cuatro elementos constitutivos sin los que no es posible hablar de democracia deliberativa. Estos son: ciudadanía y opinión pública; esfera pública; participación; y deliberación pública.

11 Sobre este punto, el mismo Waldron (1993) señala:

Al final, creo, el asunto se reduce a esto. Si un proceso es democrático y se obtiene el resultado correcto, no es injusto para nadie. Pero si el proceso no es democrático, se produce una injusticia de manera inherente y necesaria al efectuarlo, en su funcionamiento, a las aspiraciones participativas del ciudadano común. Y se produce esta injusticia, se tiraniza de este modo, se alcance o no el resultado correcto (p. 50).

3. La constitucionalización de determinados tipos o clases de derechos impone una inmunidad sobre los mismos, es decir, que estos no pueden ser modificados. No obstante, lo que caracteriza a la democracia es el disenso, por lo que, a su juicio, no habría razón para darle prevalencia o especial protección a cierto tipo de derechos (Virgüez, 2015). En esa medida, dicha *inmunidad* iría en contravía de la democracia misma. Adicionalmente, parafraseando a Waldron (1993), si a los individuos se les atribuyen determinados derechos que están fuera de la órbita de discusión, ya que cuentan con cierta *inmunidad*, es porque se parte de una desconfianza que es contradictoria con la autonomía que cimienta el hecho de reconocerle derechos a un sujeto<sup>12</sup>.
4. La Constitución debe ser diseñada de tal manera que posea un carácter diverso (Waldron, 2005), esto es, que en ella se reflejen posturas contradictorias entre sí, tanto las de índole progresista como las de índole conservadora.

Dicho lo anterior, cabe añadir que Waldron en ningún momento menciona o hace alusión a que el poder o la voluntad democrática deban tener algún tipo de límite. Es más, critica instrumentos como el coto vedado, el cual se puede entender como “el conjunto de principios y/o reglas básicas de rango constitucional que ningún poder político constituido, ni siquiera aquél de la mayoría en los Estados democráticos de derecho, puede violar” (Bovero, 2008, p. 218).

Las críticas de Waldron a este instrumento, según menciona Moreso (2009), son dos. Por una parte, que si al coto vedado se le escapa algún derecho que no esté reconocido en la Carta Magna, se debe o hacer una reforma constitucional para que se incluya en ella o hacer un reconocimiento del mismo por vía interpretativa, a través de una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional. Por otra, al no haber una claridad conceptual sobre qué derechos hacen parte del coto

12 Esto refleja que la postura de Waldron rechaza la incorporación de las llamadas cláusulas pétreas de la Constitución, cuya función es la de garantizar la inmodificabilidad de determinados postulados constitucionales, como son, en algunos casos, los derechos fundamentales o los principios fundantes básicos de la Carta Política. Dichas cláusulas, para algunos académicos, deben estar de forma explícita en la Constitución, mientras que para otros pueden estar de forma implícita. Sobre esto, véase: Sentencia C-288 de 2012, proferida por la Corte Constitucional colombiana, Gómez (2012) y Cajas (2004).

•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

vedado<sup>13</sup> y, más aún, sobre el significado de los mismos, se pueden presentar situaciones paradójicas, como que la libertad de expresión incorpore el ver pornografía<sup>14</sup>, los insultos u ofensas raciales o incendiar la bandera nacional.

En consonancia con esto, hay que mencionar, además, que otro de los principales aportes de Waldron, el cual tiene una relación estrecha con su forma de entender la democracia, es la crítica que formula al control de constitucionalidad<sup>15</sup> ejercido por los jueces<sup>16</sup>. Para este autor, aquellos carecen tanto de autoridad como de legitimidad democrática<sup>17</sup> para limitar la voluntad del legislador. En este sentido, expone que al declarar la inexecutable de una norma, esto es, expulsarla de un ordenamiento jurídico determinado porque va en contravía de un precepto de carácter constitucional, el juez se está extralimitando en sus funciones, puesto que la labor de crear el derecho le compete solamente al legislador en representación del pueblo (Waldron, 2015). De esta forma, el control de constitucionalidad no debería estar en manos del poder judicial, sino en cabeza del legislativo, debido a su autoridad y legitimidad democrática, mediante la aplicación de la figura del control de constitucionalidad de la legislación<sup>18</sup>.

En suma, la postura democrática va a enfatizar en la vinculatoriedad de cualquier interés político, en razón de la libertad que tiene el pueblo para determinarse así mismo, en la ausencia de precompromisos y en la falta de legitimidad que

13 Ernesto Garzón Valdés (1989) estima que los derechos que están dentro del coto vedado son aquellos que están relacionados con la satisfacción de bienes básicos, es decir, con los elementos necesarios para la ejecución de un plan de vida.

14 Sobre la discusión entre libertad de expresión y pornografía, véase Mackinnon & Posner (1997).

15 En Latinoamérica, la crítica a esta figura ha sido realizada por Roberto Gargarella (2011), como se muestra en el caso *Marbury vs Madison*, con el cual nace la figura de control de constitucionalidad. Sobre este véase *Marbury vs Madison*, 1803, Ponente John Marshall (2006). El origen de esta figura es conservador y elitista, obviando que, en cuestiones que afecten a los ciudadanos, debe existir una mayor deliberación.

16 Esta cuestión fue objeto del debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, el cual es considerado uno de los más importantes de la teoría jurídica constitucional del siglo xx. Dicho debate se podría sintetizar de la siguiente forma: mientras que, por un lado, para Schmitt (véase Schmitt, 2004; Schmitt, 1996; Schmitt, 2009) el guardián de la Constitución debe ser el Jefe de Estado (el *Führer*), debido a que este cuenta con la legitimidad para ello, ya que representa el querer del pueblo; por el otro lado, para Kelsen (véase Kelsen, 1995, Kelsen, 2009 y Kelsen, 2001) la función de guardián y protector de la Constitución le corresponde no al Jefe de Estado, ni tampoco al Parlamento, sino que le compete a los Tribunales Constitucionales, debido a la garantía jurisdiccional de los mismos.

17 Otro argumento del porqué los jueces carecen de autoridad democrática es que estos no son elegidos democráticamente, como sí lo es el legislador. Sobre esto véase Gargarella (1997). Igualmente, también se les reprocha a los jueces que, a diferencia del legislador, no tengan un acercamiento con la ciudadanía (Gargarella, 2015) y que las soluciones que aportan se hacen netamente desde el punto de observadores.

18 Para analizar una defensa de la misma, diferente a la presentada por Waldron, véase Harel & Kahana (2015).

tienen los Tribunales Constitucionales para declarar la inconstitucionalidad<sup>19</sup> de una norma promulgada de manera democrática, puesto que su función no es esa, sino la de aplicar el Derecho.

### Postura constitucionalista

La visión constitucionalista toma como referente los problemas e inconvenientes que genera la concepción democrática formal, entre ellos, que la idea democrática pueda asemejarse a un caballo desbocado, por lo que esta necesitaría límites, tales como la Constitución (Holmes, 1999). Si el pueblo no tiene ningún límite puede caer en situaciones antidemocráticas, por ejemplo, en el establecimiento de regímenes dictatoriales<sup>20</sup>.

Otro problema es que la situación reseñada previamente conlleva la manifestación de la denominada paradoja de la democracia. Esta es expresada por Jon Elster (2000) en los siguientes términos: “Cada generación desea ser tan libre para obligar a sus sucesores, sin estar obligada por sus predecesoras” (p. 115). Por el contrario, perspectivas como la de Holmes (1999) estiman que no existe una paradoja entre democracia y Constitución, sino una incoherencia, debido a que lo que un pueblo ha decidido libremente otorgarse no puede ser arrebatado por él mismo.

Los inconvenientes enunciados acarrearán una solución por parte del constitucionalismo<sup>21</sup>, que es la defensa del precompromiso<sup>22</sup>. Esta garantía tiene su fundamento en la racionalidad imperfecta, formulada por Jon Elster (2000), quien la

19 En palabras de Jeremy Waldron (2018),

la democracia es una forma de gobierno que trata de resolver desacuerdos y que empodera a cada persona por igual, dado que reconoce que cada uno tiene una dignidad para expresar su opinión sobre una decisión política. Y el control judicial es una forma de bloquear ese empoderamiento: es una forma de delegar la toma de decisiones a ciertas personas con fundamento en criterios pretendidamente objetivos, como los de ser más listos o los mejores, en lugar de confiarlo a gente del común (p. 173).

20 Téngase en cuenta que muchas dictaduras han subido al poder de forma democrática, como la nazi en Alemania. Sobre esto, véase Lozano (2008).

21 Estimaciones constitucionalistas, como las de Ronald Dworkin (2014), enfatizan en el hecho de que

la Constitución, y particularmente la Bill of Rights, está diseñada para proteger a los ciudadanos individuales y a los grupos en contra de ciertas decisiones que una mayoría de ciudadanos pudieran querer tomar, incluso cuando la mayoría actúa en lo que se tiene como interés general o común (p. 211).

22 Los precompromisos constitucionales establecen límites a las discusiones e incluso a la misma soberanía parlamentaria (Moreso, 2009).

•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

ejemplifica haciendo alusión al mito de Ulises y las sirenas, que está contenido en *La Odisea* de Homero (2006).

Según esta historia, toda embarcación que cruzaba cerca de las sirenas se estrellaba con la costa, debido a que ellas hipnotizaban con su canto a los tripulantes de los barcos. Ulises, al saber esta situación, fue consciente de que no podría evitar caer bajo el encanto de las sirenas, así que decidió amarrarse al mástil de su barco para evitar tal situación.

En el ejemplo de la Odisea se está ante una racionalidad imperfecta, debido a que, para evitar chocar contra la costa, Ulises decide amarrarse contra el mástil de su barco. Se estaría ante una racionalidad perfecta si el personaje no hubiese tenido que realizar tal acción (Moreso, 1997). Por ello, el precompromiso es una especie de racionalidad imperfecta, ya que una soberanía absoluta, que no tenga ningún tipo de límites, puede acarrear situaciones totalmente antidemocráticas, como la vulneración de derechos (Ferrajoli, 2006).

La justificación del precompromiso reside en los siguientes postulados:

Una generación anterior no puede impedir que la generación ulterior diga: ¡No queremos más libertad! Pero esta incapacidad no implica que los predecesores no tengan derecho o razón para formar unas instituciones pensando en dificultar semejantes decisiones. Cuando intentan atar el futuro, los constitucionalistas no solo están tratando de ejercer dominación y control. El pre-compromiso se justifica porque, en lugar de simplemente quitar opciones, pone a su disposición ciertas posibilidades<sup>23</sup> que de otra manera quedarían fuera de todo alcance (Holmes, 1999, p. 247).

Dicho en otros términos, una generación anterior, en principio, no debe obligar a una generación futura. No obstante, existe una excepción a este postulado, que expresa: sí es posible obligar a una generación futura, siempre y cuando haya adquirido un derecho de la generación anterior<sup>24</sup> (Holmes, 1999). Por consiguiente, se ataca el principio de no atar a los hijos por medio del carácter vinculatorio del precompromiso<sup>25</sup>, debido a que vivos y muertos están constituidos por

23 Generalmente, "los individuos tienden a perder poder y libertad cada vez que por sí solos intentan resolver todos sus problemas. Al aceptar una Constitución preestablecida, un pueblo se ata sus propias manos, pero también se libera de cargas considerables" (Holmes, 1999, p. 244).

24 Esta idea también se desarrolla en la Filosofía Política, debido a que, "para alcanzar sus objetivos, los miembros de una sociedad política deben aceptar disipaciones legales que aten a sus voluntades" (Holmes, 1999, p. 257).

25 Dos ejemplos de vida cotidiana en los que se materializan los precompromisos, podrían ser: primero, una persona que generalmente ignora su alarma despertadora, coloca el dispositivo del que hace parte a determinada

un mismo pueblo. Ejemplo de esto podría ser una norma aprobada cuando una persona tiene veinte años y que sigue vigente cuando la persona tiene cincuenta (Holmes, 1999).

Ahora bien, los precompromisos, según apunta Holmes (1999), a pesar de tener un carácter protector respecto a las minorías, son democráticos y mayoritarios<sup>26</sup>, por lo que las Constituciones liberales poseen metalimitaciones, las cuales son “reglas que obligan a cada mayoría a exponer a la crítica y a una posible revisión sus decisiones; reglas que limitan la capacidad de cada generación de borrar opciones significativas a sus sucesores” (Holmes, 1999, p. 248).

Al fijar límites a las discusiones políticas, esto es, al sacar de la órbita de discusión legislativa determinados derechos, los precompromisos operan como una restricción autoimpuesta, garantizando los valores fundamentales de las prácticas democráticas (Foroni, 2015) como la igualdad. Todavía cabe señalar que estos, al ser un instrumento, propenden por “asegurar decisiones acertadas en la medida en que lo que el mecanismo protege es algo digno de protegerse. Ello ocurre tanto en las decisiones individuales como en las decisiones colectivas” (Moreso, 1998, p. 97).

Vale la pena aclarar que los precompromisos, según asevera Moreso (1998), pueden asegurar determinadas situaciones, que no son del todo loables. Dos ejemplos de ello son: primero, una persona que ordena a su banco que le debiten mensualmente determinado porcentaje de su cuenta de ahorros, con la finalidad de comprar bebidas alcohólicas que consumirá, sin compañía, noche a noche; segundo, el establecimiento, en la Constitución Política, de la pena de muerte como un mecanismo de precompromiso que no puede ser modificado por generaciones futuras.

Estos dos casos demuestran que el precompromiso constitucional no garantiza que la decisión que está dentro del mismo sea “digna” de protegerse. Para que adquiera tal calificación, este debe responder a un concepto de justicia<sup>27</sup> y ser

---

distancia y a un volumen elevado, lo que acarrea que, para poder apagarla, deba ponerse de pie; segundo, las leyes que impiden que las personas voluntariamente consientan trabajar por menos del salario mínimo legal mensual vigente (Foroni, 2015).

26 Los derechos, “no fueron planteados tan solo para la protección de la minoría, sino también para la corrección y la instrucción de la mayoría” (Holmes, 1999, pp. 255-256).

27 Moreso (2009) menciona en su obra un concepto de justicia rawlsiano. Sin embargo, debe aclararse que existen una gran variedad de conceptos de justicia, entre los que están: el de Rawls (2006), desde la Filosofía del Derecho



•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

coherente dentro del sistema jurídico en el que se enmarca. Asimismo, debe responder a los principios y valores propios de dicho sistema, generando garantías para los ciudadanos.

En síntesis, el constitucionalismo —en su sentido clásico—, impone límites a la democracia para evitar caer en su régimen dictatorial y antidemocrático. Igualmente, propende por un defensa del precompromiso, en cuanto a los derechos reconocidos por medio de la Carta Política o de sus posteriores reformas y enmiendas.

Así, no todos los intereses políticos tienen un carácter vinculante y no deben producir consecuencias políticas ni jurídicas, debido a que encuentran un límite en los derechos preestablecidos y en la Constitución misma. No obstante, esta situación genera la sensación de que la Carta Política anula el querer democrático, toda vez que no existe un criterio objetivo para determinar cuándo una decisión democrática atenta o va en contravía de principios constitucionales. Esto se materializa principalmente en el momento en que el operador judicial realiza el control de constitucionalidad de las normas jurídicas.

Esta situación es uno de los reflejos de la tensión existente entre democracia y constitucionalismo. Por ejemplo, téngase en cuenta el caso de la reelección presidencial en Colombia. En un primer pronunciamiento de la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1040 de 2005, se avaló la primera reelección del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez. Este logró su cometido gracias a que en las elecciones presidenciales del 2006 obtuvo 7,397.835 votos, lo que se traduce en un 62.35% de la votación total.

No obstante, en el año 2010, por medio de la Sentencia C-141, la Corte declaró inexecutable la Ley 1534, por medio de la cual se convocaba a un referendo, con la finalidad de decidir acerca de una reforma constitucional, que buscaba darle vía libre a una segunda reelección presidencial. Tal decisión fue fuertemente criticada por los defensores de las posturas democráticas, porque, desde su punto de vista, tal decisión atentaba contra el querer democrático. Téngase en

---

y la Filosofía Política; el de Dworkin (2012), desde la Filosofía del Derecho y la Teoría del Derecho; y el de Alexy (2008a), desde la Teoría del Derecho; entre otros.

cuenta que si se hubiera dado tal modificación constitucional, lo más seguro es que Álvaro Uribe hubiese logrado su segunda reelección<sup>28</sup>.

Otra crítica que se le hizo a la Corte Constitucional fue sobre su falta de coherencia frente a la argumentación que empleó en las dos sentencias<sup>29</sup>. No obstante, más allá de dichas críticas, la primera reelección, que contó con un gran apoyo de los votantes, logró un desequilibrio en la tridivisión de poderes –principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano–, y acarreó un daño al sistema jurídico y político, razón por la que, en el 2015, se eliminó tal figura mediante acto legislativo 02.

Este ejemplo conlleva afirmar que no siempre las decisiones mayoritarias deben producir consecuencias políticas y jurídicas, puesto que estas (como el caso de la reelección en Colombia) ponen en peligro a la democracia misma, dado que su fundamentación reside en intereses democráticamente viciados. Lo anterior, considerando que uno de los elementos fundantes<sup>30</sup> de la democracia es la alternancia del poder (Frápolli, 2012).

A pesar de ello, no se deben anular las decisiones que no tienen intereses democráticos viciados, porque si se ata muy fuerte a Ulises, este se puede asfixiar (Benítez, 2012). Es decir, en aras de garantizar la Constitución y, a su vez, los precompromisos constitucionales, no se pueden anular las decisiones democráticas tomadas de forma racional. Por lo tanto, es necesario determinar los criterios que permitan establecer cuándo un interés democrático está viciado, es decir, es irracional, y cuándo no. Al mismo tiempo, debe dilucidarse en qué momento dicha decisión va en contravía de los principios constitucionales y afecta los derechos fundamentales. De esa forma, es posible lograr una reconciliación entre Constitución y democracia.

28 Sobre esto, véase el artículo: *Corte Constitucional le dijo no a la segunda reelección del presidente Álvaro Uribe* (2010).

29 Al respecto, véase: Bernal (2013).

30 En lo concerniente a los elementos estructurales de la consolidación democrática, véase Gasiorowski & Power (1998).

## Constitucionalismo democrático como solución alternativa a la tensión entre democracia y constitucionalismo

Hasta este momento, en lo que se ha desarrollado del texto, parece que la tensión entre democracia y constitucionalismo no puede reconciliarse. Por un lado, se estima que la voluntad del pueblo no debe tener ningún tipo de límites y/o ataduras, por ello, cualquier interés democrático es vinculante y produce consecuencias tanto políticas como jurídicas.

Por otro, existen límites –que residen en la Constitución– a la voluntad popular, lo que conlleva aseverar que no todos los intereses democráticos son vinculantes, especialmente los que blindan y protegen derechos. Sin embargo, el constitucionalismo clásico no determina el rasero para establecer la calificación de los intereses democráticos y, por lo tanto, si estos deben, o no, producir consecuencias jurídicas.

Ante esta situación, al parecer irreconciliable, el constitucionalismo democrático<sup>31</sup> o moderno<sup>32</sup> se sitúa como punto intermedio en esta dicotomía, puesto que para que exista democracia es necesario que haya una Constitución que proteja los derechos fundamentales. De igual manera, la función de la Carta es demarcar, por lo menos de manera genérica, cómo se deben tomar las decisiones democráticas, dado que ella es un prerequisite de la democracia (Nino, 2013). Así, y de acuerdo con Luigi Ferrajoli (2009),

la novedad que el constitucionalismo introduce en la estructura de las democracias es que también el supremo poder legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales (p. 77).

31 Rawls (2011) le ha dado la connotación de carácter dualista, puesto que hace una diferenciación entre el poder constituyente –poder supremo del pueblo– y el ordinario –poder del Parlamento–. Además, resalta que la supremacía parlamentaria es rechazada.

32 Los orígenes del constitucionalismo moderno se encuentran en las obras y aportaciones de autores como Hobbes, Rousseau, Montesquieu y Stuart Mill. A partir de ellas se hallan y abordan diversos problemas, como: a) la relación entre legitimidad y consentimiento; b) los problemas en torno a la relación del Derecho con la política; c) las cuestiones en torno a la voluntad del individuo, su relación con el Estado y la razón; d) lo atinente a la libertad y diversidad (Bonilla, 2013).

Bajo esta perspectiva, el constitucionalismo democrático blinda tanto a la Constitución<sup>33</sup> –a través de la rigidez constitucional– como a la democracia misma<sup>34</sup>, evitando que esta última caiga en regímenes dictatoriales o en situaciones anárquicas (Calsamiglia, 1999)<sup>35</sup>. Lo anterior, a partir de determinados límites, como el respeto a las normas constitucionales de carácter específico, a los principios fundantes del Estado –contenidos dentro de la Constitución– y a los derechos fundamentales<sup>36</sup>.

En este sentido, las limitaciones no son una debilidad, sino todo lo contrario, robustecen la democracia (Holmes, 1999). Por lo tanto, las decisiones del presente pueden ser tomadas con base en precompromisos ya existentes, lo que acarrea un replanteamiento del concepto clásico de la misma (Agudelo & Prieto, 2016).

Con base en lo anterior, los precompromisos, además de ser un límite, también son directrices (Dworkin, 2014), ya que marcan el punto a seguir en las discusiones políticas actuales. En este sentido, en una sociedad ya no sería necesario debatir si el derecho a la vida es inviolable o no, dado que este ya estaría por fuera de la discusión parlamentaria; por lo contrario, esta se haría sobre cómo darle una mayor garantía al mismo, mejorando la discusión legislativa.

Por otro lado, como se señaló previamente, la rigidez constitucional, que no es una garantía sino un rasgo estructural, (Ferrajoli, 2009), robustece tanto a la Constitución como a la democracia. La Carta Política se entiende rígida cuando “el procedimiento de reforma a esta es más complejo que el procedimiento

33 Bajo esta visión, la Constitución se convierte en un límite, controlando el poder y evitando la generación o manifestación de absolutismos, puesto que estos van en contra de los derechos (Martínez, 2014).

34 Un pueblo

puede decidir, “democrática” y contingentemente, ignorar o destruir la propia constitución y entregarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de forma constitucional, invocando a su favor el respeto de los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin suprimir con ello el método democrático, los derechos y el poder de las mayorías y de las generaciones futuras (Ferrajoli, 2009, p. 96).

35 En palabras de Ferrajoli (2009),

precisamente para salvar esta contradicción y para garantizar la democracia, se desarrolló el constitucionalismo del siglo veinte tras las experiencias de los fascismos que, mediante formas políticamente democráticas, habían conquistado el poder primero, y destruido la democracia después. De aquí el nexo estructural entre democracia y constitucionalismo (p. 85).

36 Téngase en cuenta que existen ciertas disposiciones que tienen un carácter bivalente, e incluso plurivalente. Por ejemplo, la igualdad tiene un carácter de principio, valor y derecho. Al respecto, véase Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1287 de 2001.

•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

legislativo ordinario” (Agudelo, 2012, p. 158). Esto conforma límites de tipo conceptual o lógico y límites formales.

Por una parte, los límites lógicos no proceden del contenido de las disposiciones constitucionales, sino del concepto de Constitución adoptado. Por otra, los formales hacen referencia a las exigencias de carácter específico que tienen por objetivo la validez de la reforma (Pulido, 2017).

Ello implica que la Constitución no establece una prohibición de reforma<sup>37</sup>, sino que, por lo contrario, la permite siempre y cuando el proceso de esta sea más complejo que los demás procedimientos legislativos (límites formales). Además, existe una imposibilidad para hacer que dichos medios de reforma se flexibilicen de tal manera que su trámite sea igual al de una ley ordinaria (límites conceptuales o lógicos) (Pulido, 2017).

Esta figura se relaciona con el carácter superior de las normas constitucionales sobre las demás fuentes del ordenamiento jurídico, debido a que estas cumplen expectativas negativas en relación a la no derogación de derechos fundamentales, y positivas en relación al desarrollo y alcance de dichos derechos (Ferrajoli, 2009).

Hasta ahora se ha abordado la rigidez como una característica de la democracia constitucional, por lo que, a continuación, se analiza un elemento que va de la mano de esta y que es la no limitabilidad de los derechos fundamentales. Estos tienen diversas definiciones<sup>38</sup>, sin embargo, para efectos prácticos, se acude a la que es brindada por el jurista alemán Martin Brodowski (2015).

Para el autor, los derechos fundamentales poseen siete características<sup>39</sup>: tienen una consagración en el derecho positivo; son el resultado de la incorporación jurídica de los derechos humanos a los sistemas jurídicos nacionales; tienen un

37 La imposibilidad de reforma de la Constitución, sea bien de manera total o solo a disposiciones determinadas, hace referencia a un límite de carácter material (Pulido, 2017). Cuando esta considera solo partes en específico, se está ante la presencia de las denominadas cláusulas pétreas de la Constitución. Sobre estas, véase Sant’Ana Pedra (2010).

38 Algunas posturas teóricas estiman que los derechos fundamentales son el resultado de la positivización de los derechos humanos, ya que los primeros, en términos prácticos, tienen una mayor exigibilidad que los segundos (Agudelo & Riaño, 2016).

39 Cada una de estas siete características constituye un problema de investigación autónomo, sobre los que existe una vasta bibliografía. Al respecto, véase: Peces-Barba (1995), Loewenstein (1937), Alexy (2009), Ferrajoli (2001), Alexy (2008b), Arango (2012), De Sousa Santos (1998), Brodowski (2003), Alexy (2003), Bernal (2014), Fioravanti (2009) y Williams (2003).

carácter individual; se poseen como una garantía de los sujetos de derechos frente al Estado; tienen un carácter abstracto; poseen un contenido sustancial; y ostentan una preponderancia dentro del ordenamiento jurídico.

A partir de estas siete características, se determina que los derechos fundamentales constituyen un límite a la voluntad popular, debido a que se poseen frente al Estado, tienen un carácter individual y no son irrenunciables<sup>40</sup>. Ejemplo de ello es que una persona no puede vender su libertad a otra<sup>41</sup>. No obstante, no tienen un carácter absoluto, puesto que se pueden limitar<sup>42</sup> para satisfacer otros derechos.

Ante un caso de colisión de derechos fundamentales<sup>43</sup>, por ejemplo entre la libertad de culto y la vida<sup>44</sup>, se debe limitar un derecho para satisfacer el otro. Pero dicha limitación tiene ciertas características, entre ellas, que se da sobre casos específicos, que está en cabeza del juez y que su sentencia no constituye precedente, puesto que el método elaborado para solucionar estas disputas es la ponderación, la cual se debe emplear caso a caso (Alexy, 2008b).

Recapitulando, el constitucionalismo democrático “ata las manos de las generaciones presentes para impedir que éstas amputen las manos de las generaciones futuras” (Ferrajoli, 2009, p. 96). Esto quiere decir que un pueblo puede determinarse democráticamente como le plazca, siempre y cuando no vulnere límites establecidos en la Constitución. En palabras de Holmes, “los muertos no deben gobernar a los vivos, pero sí puede facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos” (Holmes, 1999, p. 262).

Por lo tanto, para que un sistema político tenga un carácter democrático, es necesario que se despoje constitucionalmente el poder que tiene la mayoría, en

40 Al respecto, véase: Díez (2001).

41 Otro ejemplo es que en el Derecho colombiano, más específicamente en materia laboral, existe una prohibición de trabajar cuarenta y ocho horas a la semana, por una cifra menor a la del salario mínimo legal mensual vigente.

42 Para Oscar Agudelo (2012),

la limitabilidad y restricción de un derecho fundamental presupone una teoría de la inexistencia de derechos absolutos y una posición del ejercicio de los derechos fundamentales bajo límites, ya que de ser absolutos los derechos fundamentales el legislador no tendría competencia para determinar su alcance y el límite de su ejercicio (p. 146).

43 Sobre esto, véase: Bernal (2015).

44 Este caso ha sido objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional colombiana, mediante la Sentencia T-474 de 1996.

•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

cuanto a restringir a la minoría, de que en un futuro se convierta en mayoría<sup>45</sup> (Ferrajoli, 2009). Esto, debido a que la principal característica de la democracia no es el libre consentimiento, ni tampoco lograr un acuerdo común total<sup>46</sup>, sino que es el libre desacuerdo (Ferrajoli, 2016), es decir, la diversidad de opiniones y apreciaciones.

Finalmente, no sobra resaltar que “la única forma de tomarse en serio los derechos básicos de una democracia es sustrayéndolos del sentir mayoritario, a través de la adopción de cartas constitucionales que les otorguen mayor estabilidad pese al desacuerdo sobre estos” (Virgüez, 2015, p. 18).

## Conclusiones

1. El constitucionalismo democrático se sitúa como una posición intermedia entre la dicotomía democracia vs constitucionalismo, involucrando elementos de ambos. Por un lado, blindo la democracia a través de herramientas como los precompromisos constitucionales y la rigidez constitucional, con el objetivo de evitar que se dé el establecimiento de un régimen antidemocrático. Por el otro, enfatiza en que el límite al interés democrático se encuentra en la Constitución misma y en los derechos fundamentales. Esto es, que un pueblo se puede gobernar a sí mismo como le plazca, siempre y cuando, a través de sus decisiones, no restrinja ni vulnere derechos fundamentales, ni tampoco se generen escenarios antidemocráticos.
2. Los mecanismos democráticos, como el referendo de la senadora Morales, no pueden limitar los derechos fundamentales, debido a que estos se erigen como una garantía individual que tiene el ciudadano frente al Estado. Sin embargo, los derechos fundamentales no poseen un carácter absoluto, debido a que en determinadas situaciones, como lo son una colisión entre dos de estos derechos, el operador judicial tiene la potestad de limitar uno para satisfacer otro, siempre y cuando acuda a herramientas que permitan que su decisión sea justificada de manera razonable.

45 Sobre esto véase la esfera de lo no decidible en Ferrajoli (2008).

46 Más bien esta característica sería propia de los regímenes dictatoriales y totalitarios.

3. La calificación de los intereses democráticos en viciados o no viciados depende de si estos vulneran o no derechos fundamentales, si van en contravía de principios fundamentales de la Constitución y si los mismos llevan a situaciones antidemocráticas. De tal modo que si se enmarcan por lo menos en alguno de estos tres puntos, se consideran como viciados y, por lo tanto, no deben producir consecuencias jurídicas. Empero, si no se encuadran dentro de ninguno de estos puntos, no existe razón para limitarlos.
4. La figura del precompromiso constitucional, por sí misma, no garantiza que su contenido sea loable y que, por lo tanto, deba protegerse. Ese sería el caso de un Estado que tiene como derecho fundamental la potestad de poseer esclavos y que, sin embargo, para garantizar la plausibilidad del mismo, dicha figura deba ir unida con una concepción de justicia.
5. La rigidez es un pilar de la democracia constitucional, debido a que las normas constitucionales, al tener una superioridad jerárquica frente a las demás normas que integran el sistema jurídico, deben tener un mecanismo de modificación mucho más complejo. A su vez, esta situación fortalece la democracia, debido a que al hacer más complejo el proceso de reforma constitucional, se imponen límites a intereses democráticos transitorios, como los populismos.

## Referencias

- Agudelo, O. (2012). Restricción, limitabilidad y derechos fundamentales: aportes para una teoría sistemática de los derechos fundamentales como derechos limitables. En E. Castro, *Crítica y Fundamentación de la Política y los Derechos Humanos* (pp. 143-164). Bogotá: Universidad Libre.
- Agudelo, O. & Prieto, M. (2016). Constitucionalismo y mundos posibles. Una revisión axiomática de los precompromisos constitucionales. En O. Agudelo, *Perspectivas del constitucionalismo* (pp. 29-44). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Agudelo, O. & Riaño, A. (2016). Ciudadanía y nación: políticas de control fronterizo e inmigración. *Novum Jus*, 10(2), 57-75.
- Alexy, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 31-48). Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2008a). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons.



•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

- Alexy, R. (2008b). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (11), 3-14.
- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Benítez, V. (2012). Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. UPB*, 42(117), 359-391.
- Bernal, C. (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11(2), 339-357.
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2015). La racionalidad de la ponderación. En J. Fabra & L. García, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 409-431). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma De México.
- Bonilla, D. (2013). Toward a Constitutionalism of the Global South. En D. Bonilla, *Constitutionalism of the Global South: the Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (pp. 1-37). Cambridge: Cambridge University Press.
- Bovero, M. (2008). Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), 217-225.
- Brodowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Brodowski, M. (2015). Propiedades calicantes y cualificantes de los derechos fundamentales. En J. Fabra & L. García, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 339-347). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma De México.
- Cajas, M. (2004). La reforma constitucional: límite de la Corte al Congreso. *Precedente. Anuario Jurídico*, 13-48.
- Calsamiglia, A. (1999). Constitutionalism and Democracy. En H. Koh & R. Slye, *Deliberative Democracy and Human Rights* (pp. 136-142). New Haven: Yale University Press.
- Corte Constitucional colombiana, (18 de febrero de 2015). Sentencia C-071. [M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional colombiana, (19 de octubre de 2005). Sentencia C-1040. [M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargás Hernández].
- Corte Constitucional colombiana, (05 de diciembre de 2001). Sentencia C-1287. [M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra].

- Corte Constitucional colombiana, (26 de febrero de 2010). Sentencia C-141. [M.P.: Humberto Sierra Porto].
- Corte Constitucional colombiana, (18 de abril de 2012). Sentencia C-288. [M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional colombiana, (04 de noviembre de 2015). Sentencia C-683. [M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional colombiana, (25 de septiembre de 1996). Sentencia T-474. [M.P.: Fabio Moron Diaz].
- Corte Constitucional le dijo no a la segunda reelección del presidente Álvaro Uribe. (27 de febrero de 2010). *Caracol Radio*. Recuperado de [http://caracol.com.co/radio/2010/02/26/nacional/1267200600\\_959859.html](http://caracol.com.co/radio/2010/02/26/nacional/1267200600_959859.html).
- De Felice, R. (2016). El interés superior del menor prohíbe la restricción del derecho de adopción a las solas parejas de personas heterosexuales. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, (31), 385-408.
- De Sousa Santos, B. (1998). *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Díez, L. (2001). Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales. *Persona y Derecho*, (45), 133-138.
- Domínguez, H. (2013). Democracia deliberativa en Jürgen Habermas. *Analecta política*, 4(5), 301-326.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (2014). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel derecho.
- Elster, J. (2000). *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (29), 15-31.
- Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 337-343.
- Ferrajoli, L. (2009). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de constitución y sus garantías. En L. Ferrajoli, J. Moreso & M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (pp. 71-115). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos fundamentales, democracia constitucional y garantismo*. Bogotá: Ediciones jurídicas Axel.

•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

- Fioravanti, M. (2009). *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Foroni, C. (2015). Constitutional precommitment and collective autonomy: can they be reconciled? *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 7(3), 235-242.
- Frápolli, M.J. (1 de abril de 2012). Alternancia. *Periódico IDEAL*. Recuperado de <http://www.ugr.es/~frapolli/ALTERNANCIA.pdf>.
- Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (6), 55-70.
- Gargarella, R. (2006). ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos*, (28), 9-32.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Gargarella, R. (2015). Waldron, J. (2016) Political Political Theory. Cambridge: Harvard University Press. *Derecho y Crítica Social*, 2(1), 115-124.
- Garzón, E. (1989). Algo más acerca del «coto vedado». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (6), 209-213.
- Gasiorowski, M. & Power, T. (1998). The Structural Determinants of Democratic Consolidation. *Comparative Political Studies*, 31(6), 740-771.
- Gómez, J. (2012). Reformas inconstitucionales a la constitución: ¿Un caso agravado de la tensión entre la democracia y el constitucionalismo? *Análisis Político*, 25(75), 67-88.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Harel, A. & Kahana, T. (2015). El centro de la argumentación fácil a favor del control de constitucionalidad de la legislación. En J. Fabra & L. García, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 295-325). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma De México.
- Holmes, S. (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En J. Elster & R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia* (pp. 217-262). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Homero. (2006). *Odisea*. Barcelona: Editorial Gredos.
- Jefferson, T. (2004). *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma De México.
- Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma De México.

- Kelsen, H. (2009). ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? En C. Schmitt & H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la constitución vs ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* (pp. 289-366). Madrid: Tecnos.
- La carta de los cristianos al Congreso (5 de mayo de 2017). *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/carta-iglesias-cristianas-al-congreso-referendo-adopcion-viviane-morales/524273>.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Lincoln, A. (19 de noviembre de 1863). *Discurso de Gettysburg*. Recuperado de <http://libertad.org/discursos/abraham-lincoln-discurso-de-gettysburg/>.
- Locke, J. (1988). *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Loewenstein, K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights. *American Political Science Review*, 31(3), 417-432.
- Lozano, A. (2008). *La Alemania Nazi: 1933-1945*. Madrid: Marcial Pons.
- Mackinnon, C. & Posner, R. (1997). *Derecho y pornografía*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Marbury vs Madison. 1803. Ponente John Marshall. (2006). En J. González & M. Beltrán, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (pp. 93-121). Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martínez, R. (2014). El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la Constitución democrática. En R. Martínez, *Teoría y práctica del poder constituyente* (pp. 67-119). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Mejía, O. (1996). La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: en torno a “Factizität und Geltung”. *Ideas y Valores*, 46(103), 32-52.
- Mejía, O. (1998). *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis.
- Mejía, O. (2008). Desarrollos postrawlsianos de la filosofía política contemporánea: republicanismo, marxismo analítico y democracia deliberativa. *Ciencia Política*, 3(5), 143-172.
- Moreso, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J. (1998). Sobre el alcance del precompromiso. *Discusiones*, (1), 95-107.
- Moreso, J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, C. (2013). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politólogo de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Nussbaum, M. (2014). Una revisión de “Liberalismo político”. *Revista Derecho del Estado*, (32), 5-33.
- Paine, T. (1995). *Rights of Man Common Sense and Other Political Writings*. Oxford: Oxford University Press.

•¿Cualquier interés democrático debe producir consecuencias jurídicas y políticas?•

- Peces-Barba, G. (1995). *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- Pulido, F. (2017). La validez de los procedimientos de reforma constitucional fast track. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (30), 151-184.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2011). *Liberalismo político*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Redacción Política (28 de marzo de 2016). Listas las firmas del referendo de Viviane Morales contra adopción igualitaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/listas-firmas-del-referendo-de-viviane-morales-contr-a-articulo-624145>.
- Redacción Política (10 de mayo de 2017). Se hundió referendo de Viviane Morales, el No ganó en tercer debate. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/se-hundio-referendo-de-viviane-morales-el-no-gano-en-tercer-debate-articulo-693218>.
- Redacción Vida (12 de abril de 2017). Colombia, entre los diez países más católicos del mundo. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/colombia-es-uno-de-los-diez-paises-mas-catolicos-del-mundo-77648>.
- Sant'Ana Pedra, A. (2010). Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas. *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, (22), 241-250.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (2004). *Legality and Legitimacy*. Durham: Duke University Press.
- Schmitt, C. (2009). El defensor de la constitución. En C. Schmitt & H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la constitución vs ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* (pp. 1-287). Madrid: Tecnos.
- Stuart, J. (1878). *El gobierno representativo*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Biblioteca Científico-literaria.
- Virgüez, S. (2015). Democracia, desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin-Waldron. *Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes*, (35), 1-31.
- Waldron, J. (1993). A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13(1), 18-51.
- Waldron, J. (2004). Deliberación, desacuerdo y votación. En R. Slye & H. Koh, *La democracia deliberativa y derechos humanos* (pp. 249-268). Barcelona: Gedisa.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- Waldron, J. (2015). El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación. En J. Fabra & L. García, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 151-218). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Waldron, J. (2018). El control judicial le cuesta demasiado a la democracia. 171-182. (L. García, & V. Benítez, Entrevistadores) Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, (48).

Williams, P. (2003). La dolorosa prisión del lenguaje de los derechos. En W. Brown & P. Williams, *La crítica de los derechos* (pp. 43-73). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

APA: Agudelo Giraldo, O. A. (2020). ¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia? En O. A. Agudelo Giraldo (Ed.), *Derechos humanos, democracia y poder judicial* (págs. 101-119). Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133020.2020.5>

Chicago: Agudelo Giraldo, Oscar Alexis. “¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?” En *Derechos humanos, democracia y poder judicial* editado por Oscar Alexis Agudelo Giraldo, 101-119. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. doi: 10.14718/9789585133020.2020.5

## ¿ES POSIBLE UN SISTEMA DEMOCRÁTICO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA?\*

5

Oscar Alexis Agudelo Giraldo\*\*

### Introducción

En 1986, el Estado colombiano limitó, a través de la Ley 30, el porte y consumo de sustancias estupefacientes. Dicha regulación fue elevada a control de la Corte Constitucional, mediante acción de inconstitucionalidad interpuesta por la ciudadanía. En la Sentencia C – 221 de 1994, la Corte delimitó que:

1. De acuerdo a lo expresado por el artículo 51 de la Ley 30, al imponer la facultad, a favor del Estado, de dirigir a los consumidores de sustancias estupefacientes a centros de rehabilitación, se estaría incurriendo en la clásica prohibición del paternalismo jurídico y se estaría limitando el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
2. Al criminalizar al consumidor con multas, e incluso con pena privativa de la libertad, se estaría contrariando el principio del daño. Entre tanto, no se

---

\* El presente artículo es producto del proyecto *Metodología y paradigmas de la investigación jurídica. Fase 2*, del grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio-jurídicas –CISJUC–, de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

\*\* Investigador del grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: [oaagudelo@ucatolica.edu.co](mailto:oaagudelo@ucatolica.edu.co). Bogotá D.C., Colombia.

había demostrado que el consumidor de dosis mínima pudiera poner en peligro al sistema social.

La denominada peligrosidad del consumidor hizo parte de las unidades de análisis de la Sentencia C-221 de 1994. Esta provino de un juicio social en Colombia, derivado de una mal llamada *moralidad convencional*, en la que, de manera mayoritaria, los sectores sociales de tendencia conservadora consideraron que el consumidor era un potencial criminal, puesto que, bajo los efectos de sustancias estupefacientes, este carecía de control. En contraposición a ello, la minoría consumidora reclamó al Estado no ser tildada bajo el rótulo de criminal, puesto que la acción que ejercían no causaba daño a nadie. Siendo así, esto constituyó, para la Corte Constitucional, un problema democrático cuyo punto de partida fue un desacuerdo.

En el Derecho, los desacuerdos presentes en las sociedades políticas modernas resultan obvios; entre ellos está, por ejemplo, el relacionado con el concepto de justicia. En lo que concierne a la Sentencia C-221, el disenso, objeto de la misma, correspondió a una decisión atinente a los derechos básicos.

En la Filosofía Moral, este tipo de derechos suponen dos posiciones. La primera tiene que ver con la limitación para la adopción de políticas públicas que partan del cálculo costo-beneficio. La segunda concierne a las limitaciones a las decisiones mayoritarias, es decir, la delimitación del perímetro de lo que las mayorías no deben decidir (coto vedado).

Estas posiciones son el cociente de la tensión histórica latente entre el utilitarismo y los derechos de las minorías, la cual, en la actualidad, evoca la relación entre los derechos individuales y los derechos sociales, en materia de satisfacción por parte de políticas públicas (Rodríguez, 2007).

De ahí que el profesor Waldron (2005) preguntara: “¿Cómo debemos pensar los procedimientos democráticos y constitucionales, teniendo en cuenta que dichos procedimientos deben generar una política que se aplique también a aquellos que discrepan profundamente de si es correcta la teoría de la justicia elegida?” (p. 251).

Al persistir desacuerdos en las comunidades políticas, el Derecho debe obrar como mecanismo de solución a las discrepancias de la vida real, ya que este ostenta una pretensión de autoridad. Siendo así, su función “es construir



•¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?•

esquemas comunes y orquestar la acción colectiva en circunstancias de desacuerdo” (Waldron, 2005, p. 252).

En materia del disenso, dos paradigmas han sido considerados como mecanismos de decisión colectiva: el constitucionalismo y la regla de las mayorías (Camarillo, 2011). En cuanto al primero, en sus bases obra la institucionalidad del control de constitucionalidad. Empero, la apuesta del profesor Waldron implica una ilegitimidad democrática sobre el control constitucional de las leyes, puesto que reivindica la tesis de la supremacía parlamentaria.

A partir de Unger, el profesor encontró una disociación entre Teoría del Derecho y democracia, vista en la limitación de los intereses mayoritarios por parte de los tribunales, los cuales no reflejan el derecho de un pueblo libre y democrático, marginalizando así la legislación y demostrando un desencanto por la justicia constitucional.

En defensa del derecho de la legislación, Waldron ha recordado que solo esta representa a la totalidad de los ciudadanos. Sin embargo, dado que la ciudadanía puede no estar en consonancia, propuso tres disconformidades posibles: “i) El desacuerdo sobre la afirmación de que algo sea derecho. ii) El desacuerdo sobre los derechos que tenemos. iii) El desacuerdo sobre el consenso acerca de cuáles son los derechos y libertades básicas” (Waldron, 2005, p. 270).

Ahora, recurriendo de nuevo al problema de los mecanismos de decisión colectiva, el autor sustentó que en respuesta a los desacuerdos opera la necesidad de la regla de la mayoría. Para él, este mecanismo no implica, en todos los casos, una tiranía. No obstante, el control de constitucionalidad también es útil para la determinación de decisiones colectivas. Aquí, la superación del disenso, por vía de decisión judicial, no limita el poder mayoritario, entre tanto el mismo tribunal depende del voto de la mayoría de sus miembros. De ahí que los mínimos del modelo constitucionalista sean: la primacía constitucional, que incluye el catálogo de derechos básicos, y la existencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación (Linares, 2015).

En este orden de ideas, para Waldron, el derecho de la legislación es el único mecanismo y procedimiento deliberativo que toma en serio el desacuerdo. Ello lo hace equiparable al derecho de tomar parte en la creación de las leyes, derivado como un derecho político a favor de la ciudadanía, el cual se traduce en el derecho al voto.

Aquí se rescata la distinción entre los modelos *rule of law* y *rule by law*, la cual se basa en que la existencia de un control constitucional no democrático aparece como la continuidad del segundo de ellos. En otras palabras, el uso de las proposiciones *of* y *by* son fundamentales para discernir respecto a estos dos tipos. El modelo *rule by law* representa la idea de que el gobierno usa el derecho para controlar a la ciudadanía, mientras que el de *rule of law* representa un gobierno limitado por la ley (Waldron, 2008).

Las posiciones a favor del control judicial de constitucionalidad de las leyes suponen la existencia de una carta de derechos, la cual otorga poder a los tribunales para invalidar la legislación que transgreda los derechos básicos. Sin embargo, Waldron estableció que son las personas, cuyos derechos están en cuestión, las que deben decidir cuáles son estos, dándoseles así participación, en iguales términos, para dicha disposición. Como consecuencia de ello, se atribuye el principio de autoridad, no al control de constitucionalidad, sino a un mayoritarismo participativo, ya que “los desacuerdos sobre los derechos deberán ser resueltos por los sujetos de los desacuerdos” (Waldron, 2005, p. 254).

En síntesis, el límite de las decisiones mayoritarias no son los derechos básicos, sino lo que el órgano que ejerza el control de constitucionalidad establezca que es el contenido de los mismos. Por ello, siguiendo a Waldron, la respuesta a los desacuerdos, dada en la mayoría legislativa al representar a los electores, se convierte en materia de respeto y no injerencia por parte de los jueces (Verdugo, 2013). Estas consideraciones llevan a la siguiente pregunta: ¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?

Para responder a este problema, en el presente texto se sostienen tres hipótesis:

1. Adoptar un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia requeriría una representación parlamentaria efectiva. Sin embargo, el ejercicio de la legislación en Colombia solo representa intereses económicos de grupos privados.
2. De acuerdo con la tesis de la representación argumentativa, no sería posible un control democrático de constitucionalidad en Colombia, puesto que no existe una racionalidad en el discurso democrático.
3. El sistema de control de constitucionalidad fuerte en Colombia, al ser un sistema contramayoritario, avala y justifica su existencia.

## Las objeciones al control de constitucionalidad fuerte

En la tradición continental europea, la construcción del paradigma del control de constitucionalidad debe su apogeo a la construcción simultánea de los Tribunales Constitucionales propuesta por Kelsen (2011). Para el autor, dicho control implicaba un examen acerca de la validez de las normas jurídicas, en el que podían confluir dos circunstancias que daban lugar a la inconstitucionalidad y, por lo tanto, a la expulsión de una norma del sistema jurídico.

Estas circunstancias eran, por un lado, la ausencia de validez formal, es decir, la constatación de que una norma jurídica no había sido elaborada conforme al procedimiento constitucional de creación; y, por el otro, la ausencia de validez sustancial, en otras palabras, la incompatibilidad entre el contenido de la norma jurídica elaborada y las disposiciones constitucionales vigentes (Alexy, 2015). Es importante aclarar que en la versión primigenia de una teoría de las normas, la apuesta de Kelsen corresponde a la suficiencia de la validez formal (Kelsen, 2011).

A su vez, y como nicho histórico, el origen del control de constitucionalidad se encuentra también en la propuesta de la *Judicial Review*, sustentada en el caso *Marbury vs Madison* (Amaya, 2010). Parte de su justificación obra en los desarrollos teóricos de Alexander Hamilton, quien en su defensa expuso que el hecho de que una Corte Suprema de Justicia tuviera la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico una norma jurídica vigente o en proceso de elaboración, no implicaba la institucionalización de una superioridad de la rama judicial sobre la rama legislativa. En este caso, lo que se ratifica es la supremacía constitucional sobre las ramas del poder público, por vía de decisión judicial. La defensa de Hamilton corresponde, por tanto, a una no irrupción del principio de tridivisión del poder (Gargarella, 2012).

Por otro lado, recurriendo al argumento de Hamilton y reanudando la propuesta de Kelsen, en la construcción original de los Tribunales Constitucionales, el ejercicio del control de constitucionalidad es el mediador para una interpretación auténtica de la norma, posibilitando la superioridad de la rama judicial sobre las demás ramas del orden público. Dicha propuesta se configura en el debate Kelsen – Schmitt, cuya temática corresponde a la garantía del cumplimiento de la legalidad constitucional y a la preocupación sobre la continuidad existencial de

la Constitución. En los albores del debate, fue precisamente Kelsen quien posicionó los Tribunales Constitucionales como defensores, y por tanto, intérpretes auténticos de las Constituciones Políticas. Por su parte, Schmitt dispuso en esta competencia que se encontraba a favor del presidente de la República (Schmitt, 2009).

De las dos posturas, la de Kelsen resulta ser la más conveniente. La existencia de regímenes jurídico-políticos, como el de la Alemania nazi, han demostrado que la promoción y protección de los derechos fundamentales, insertos en las Constituciones Políticas, convienen en manos de jueces y no de políticos, entre tanto su protección corresponde a una cuestión de Derecho.

Siendo así, el control de constitucionalidad tiene su justificación en la crisis de los órganos políticos, en los cuales no persiste, de manera concomitante, una representación adecuada de la ciudadanía. Lo anterior, debido a que las decisiones políticas dependen del querer de determinados grupos de poder y a que el legislativo pocas veces toma en cuenta los reclamos reales hechos por los ciudadanos (Gargarella, 1997).

Ahora bien, en el norte del continente americano, frente a la idea de *Judicial Review*, aparecen críticas al modelo de control de constitucionalidad. Parafraseando a Gargarella, estas son: la crítica del argumento histórico, la crítica del argumento intemporal y la crítica del argumento de la interpretación.

La crítica del argumento histórico parte de desmentir que la Constitución encarna la voluntad del pueblo. Esto, en atención a que la Carta Política de los Estados Unidos es parcialmente legítima, pues algunos grupos poblacionales no fueron considerados como parte de su elaboración, por vía de teoría procedimental del discurso. Entre ellos estaban: los esclavos, las personas que no ostentaban una posición económica favorable, los afroamericanos, los indios nativos americanos y las mujeres (Gargarella, 1997).

Por su parte, la crítica del argumento intemporal estima que, si bien en la Constitución pasada se pudo llegar a un consenso (en términos de mayorías), esto no es razón suficiente para considerar que, en el futuro, algunas concepciones que hagan parte de ella no sean objeto de modificación. Dicho en otras palabras, la decisión política debe estar en manos de los ciudadanos actuales y no de los antepasados de estos (Gargarella, 1997).

•¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?•

Finalmente, la crítica del argumento de la interpretación parte de reconocer que la hermenéutica del texto constitucional no se limita a su interpretación literal, por lo que requiere del empleo de herramientas explicativas divergentes (Gargarella, 1997).

Ahora, estas críticas sustentan problemas jurídicos, políticos y sociales para el sistema estadounidense. Algunos de estos han llegado a extenderse internacionalmente. Por ejemplo, desde la crítica del argumento histórico, se han originado tensiones democráticas entre aquellos ciudadanos estadounidenses que se auto-proclaman y aquellos que son verdaderos nativos americanos. Estos desacuerdos radican en la fijación de políticas migratorias y de expulsión a los no ciudadanos.

Por otro lado, las críticas del argumento intemporal y del argumento de interpretación se pueden reducir a la búsqueda de herramientas hermenéuticas para la comprensión de los textos constitucionales. Por ejemplo, obrando en contra del argumento intemporal, subsisten como métodos de interpretación el denominado originalismo semántico y el de expectativa. Estos implican el entendimiento de la Constitución, a partir del sentido original dado en la referencia semántica que el edictor de la norma constitucional ha predeterminado, o de los efectos que se esperaban como resultado de la misma (Solum, 2008).

Sin embargo, la crítica del argumento intemporal colisiona con una de las fórmulas de solución al argumento de interpretación –dado en el método originalista–, puesto que esta, en materia de la denominada paradoja de la democracia, inclina la balanza a favor de las generaciones presentes, en detrimento de las pasadas.

A la postre, en virtud de la crítica del argumento de la interpretación, sobresalen métodos como el anticanon constitucional y la interpretación constructiva de los textos constitucionales, como formas de entendimiento auténtico (Green, 2011). En defensa de ellos, persiste la necesidad de dotar de contenido las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales, adoptando una teoría de los límites externos, puesto que el argumento de las mismas aparece inicialmente como indeterminado (Agudelo, 2012).

De acuerdo a lo dicho, dotar de contenido los derechos fundamentales, insertos de manera taxativa e innominada en las Constituciones Políticas, resulta ser, en tiempo presente, una actividad dada en la jurisprudencia (teoría de los límites externos). No obstante, persiste como incógnita la cercanía entre jueces

y ciudadanos, de tal manera que en el ejercicio de delimitar el contenido de las normas constitucionales medie una legitimidad democrática. La respuesta a dicho interrogante resulta ser negativa, ya que esta última solo se puede predicar de órganos elegidos democráticamente, en otras palabras, sobre los cuales el pueblo pueda ejercer control (Gargarella, 1997).

Bajo esta apreciación subyace, para la Teoría del Derecho Constitucional, la principal crítica u objeción a la figura del control de constitucionalidad fuerte. Esta tiene como fundamento la ausencia de legitimidad democrática, considerando que, generalmente, en dicho sistema los que tienen la última palabra son los jueces y estos no poseen ningún tipo de representación ni control electoral (Waldron, 2018).

Para sustentar esta objeción, deben ser caracterizadas la democracia y la legitimidad democrática. Waldron (2018) define la democracia como la unión de varios elementos, tales como la garantía de sufragio universal, la protección de derechos fundamentales, el establecimiento de elecciones periódicas y la existencia de mecanismos de elección representativa. En ese orden de ideas, la legitimidad implica

la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales, es decir, por parte de aquellos que hicieron campaña en contra de esas políticas o leyes o que hubiesen votado en contra de ellas de haber tenido la oportunidad de hacerlo (Waldron, 2018, p. 16).

De la relación entre democracia y legitimidad subsiste la objeción al control de constitucionalidad. Los argumentos que sustentan esta posición tienen que ver con lo siguiente: primero, con que los jueces no son elegidos democráticamente; segundo, con que la elección de los magistrados de Los Tribunales Constitucionales no opera a través de mecanismos de elección representativa; tercero, con que esto conlleva que dichos operadores no representen democráticamente a la comunidad y que sobre estos no exista un control democrático vinculado a su actividad.

El problema concierne al control de constitucionalidad y a sus consecuencias, porque a través de la práctica jurisdiccional se nominan, reconocen o niegan derechos que son producto de dinámicas y exigencias del sistema social. Siendo así,

•¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?•

nace otro interrogante: ¿La ausencia de legitimidad democrática del control de constitucionalidad implica revalorizar las consecuencias que este genera?

Dicha pregunta trae consigo el análisis de los efectos producidos por el ejercicio del control de constitucionalidad. Estos median en las figuras de los denominados legisladores positivos y negativos. La idea del juez constitucional como legislador negativo implica la posibilidad, por vía de competencia (generada en la indeterminación de la Carta Constitucional), de expulsar una norma jurídica del sistema, en la medida en que sea efectivo el grado de incompatibilidad; esto se denomina como el control de constitucionalidad fuerte (Trovaio, 2015).

Su antónimo, el control de constitucionalidad débil, se caracteriza porque a pesar de que el órgano declare la inconstitucionalidad de una norma, esta no es expulsada del ordenamiento jurídico, sino que tal decisión es tomada en cuenta por el parlamento, de tal modo que este se debe hacer cargo de modificar la norma para hacerla compatible con el ordenamiento (Melero, 2018). Ejemplos de este tipo de control de constitucionalidad se encuentran en países como Canadá, donde existe la denominada *notwithstanding clause* o cláusula derogatoria, en la que se establece la posibilidad de legislar sin control o escrutinio judicial. De igual manera, en Nueva Zelanda, las cortes no tienen la posibilidad de expulsar normas de su ordenamiento jurídico ni tampoco se pueden negar a aplicarlas, así vayan en contravía de los derechos humanos; es decir, no predeterminan el ejercicio de la inconstitucionalidad por excepción (Waldron, 2018).

La existencia de un control de constitucionalidad débil cobra fuerza, debido a que el argumento sobre el cual se soporta está relacionado con la ausencia de elección democrática de los jueces, quienes, a su vez, tampoco tienen responsabilidad política. De esta manera, se infiere que la tarea de expulsar normas del sistema jurídico corresponde originalmente al legislativo, en vista de que su elección es democrática y está sometida al control de las elecciones periódicas (Waldron, 2018).

De esta forma, Waldron (2018) posiciona la figura del control de constitucionalidad débil como el punto medio que soluciona la tensión entre el poder legislativo y el poder judicial. Esta se produce en la medida en que, atendiendo al principio de racionalidad de la legislación, el editor de las normas jurídicas propone mecanismos y planes de acción para cumplir con los propósitos de las mismas. Sin embargo, los medios dados para alcanzar dichos propósitos pueden resultar

inefectivos, ineficientes, desproporcionados e inconstitucionales, lo que genera la tacha del proyecto de ley, por vía del ejercicio del control de constitucionalidad.

A su vez, las prácticas constitucionales han demostrado el fin del principio de tridivisión del poder. Los Tribunales Constitucionales, al interpretar problemas jurídicos, conjugados con varias normas constitucionales, nominan y crean, por vía de jurisprudencia, nuevos derechos fundamentales (Bulygin, 2003).

Las anteriores situaciones demuestran que la tensión entre el poder legislativo y el judicial es producto del ejercicio del control de constitucionalidad fuerte. Por esta razón, Waldron sustenta que el mecanismo de solución para ello es el posicionamiento, en los sistemas jurídicos, del control débil. Sin embargo, esto requiere un máximo nivel de efectividad del principio de racionalidad de la legislación, entre tanto, para una racionalidad jurisdiccional se necesita de una racionalidad legislativa previa (Atienza, 1991).

Por otro lado, del poder judicial frente al ejercicio del control de constitucionalidad se ha predicado un carácter contramayoritario, que propende por la defensa, por vía de decisión judicial, de los derechos de las minorías o, en otras palabras, el impedimento de la imposición del derecho de la histeria colectiva de las mayorías sobre las minorías. Esto conlleva que el respeto a los jueces resida en el hecho de que estos deben proteger los derechos fundamentales contra las mayorías populistas o enardecidas (Friedman, 2005).

Sin embargo, para Waldron las Cortes no son realmente contramayoritarias, pues, en el ejercicio de deliberación, emplean el método mayoritario (mayoría simple – mitad más uno de los magistrados), lo que a su juicio constituye una violación a los derechos políticos de las mayorías (Waldron, 2018).

Al respecto, se elucidan los siguientes tres errores en el modelo de Waldron:

1. Persiste una confusión entre contenido y forma, en lo que se refiere a la decisión judicial, en materia de control de constitucionalidad. Esta puede hacerse evidente recurriendo al uso de la denominada falacia naturalista. La forma de las decisiones judiciales, producto del ejercicio del control de constitucionalidad, debe darse de acuerdo a una mayoría simple (juicio de deber), lo cual no quiere decir, por vía de inferencia lógica, que el contenido de la decisión judicial sea mayoritario (juicio de ser) (Navarro, 2007). El error de Waldron es inferir que la manera de deliberar conlleva necesariamente el contenido de la decisión. En otras palabras, este



•¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?•

podría ser mayoritario o contramayoritario. Casos como el de la Corte Constitucional de Colombia, ejemplifican el carácter contramayoritario del contenido de las decisiones judiciales.

2. Resulta plausible el argumento de Dworkin, frente al de Waldron, respecto al carácter contramayoritario del poder judicial. Precisamente, Dworkin, al distinguir entre argumentos políticos y de principio, al mismo tiempo diferencia las decisiones judiciales contramayoritarias de las mayoritarias (Gaviria, 2014). Su apuesta, en contraposición al paradigma utilitarista, es la defensa de los derechos individuales o derechos de las minorías, a través de las decisiones judiciales (Dworkin, 2002).
3. La forma de deliberación, en el ejercicio de los tribunales constitucionales, está marcada por una mayoría simple, cuestión que no demerita la idea de que los distintos puntos de vista del sistema social puedan estar representados en la misma. Al respecto, ha de recordarse que la deliberación de un problema jurídico, originado a través del ejercicio del control de constitucionalidad, se desarrolla metodológicamente a través de la formulación de razonamientos dialécticos, los cuales implican una lógica de los juicios de valor, que corresponden a los juicios socialmente relevantes. Incluso, herramientas metodológicas como la nueva retórica y la tópica jurídica sugieren, para los ámbitos de la decisión judicial, invocar aquellos argumentos que tengan la posibilidad de convencer a un auditorio universal (Viehweg, 1964).

### **Alternativas: mayoría calificada, control constitucional popular y jurados constitucionales**

Una vez suscitado, en términos de Waldron, el carácter no democrático del control de constitucionalidad, sobreviene una nueva incógnita: ¿Su ausencia de legitimidad democrática es elemento suficiente para demeritarlo? Al respecto, se han nominado vías alternas. Sin embargo, en el presente texto se sustenta la necesidad de un control de constitucionalidad fuerte para América Latina, haciendo hincapié en Colombia.

Para no desaparecer radicalmente la figura del control de constitucionalidad fuerte, Waldron examina la posibilidad de optar por un sistema que exija

mayorías calificadas y no mayorías simples (Waldron, 2018). Como ejemplo de ello, propone los casos de Nebraska y Dakota del Norte en Estados Unidos, en los que se requieren, para expulsar una norma jurídica, cuatro votos de cinco, o cinco de siete, respectivamente, sustentando la unanimidad en la votación. Este argumento podría resultar contraproducente, en atención a que la mayoría simple refleja la pluralidad interpretativa entre aquellos que deben decidir.

Como alternativa a la idea de mayoría calificada, y con la pretensión de hacer partícipe al pueblo en el ejercicio del control de constitucionalidad, aparece la figura de los jurados constitucionales. Estos no cuentan con el monopolio del control de constitucionalidad, sino que actúan de manera paralela al Tribunal Constitucional. Esto implica que la competencia de expulsar normas del sistema, a través del control judicial, es delegada a los jurados constitucionales. Frente a la pregunta del orden cuantitativo, Spector considera, recurriendo al modelo ateniense, que el jurado debe estar conformado por quinientas personas, cuya finalidad es garantizar la diversidad de puntos de vista (Spector, 2015).

Aparece entonces una tercera alternativa, denominada por Barry Friedman como *control constitucional popular mediado*, la cual hace posible la superación de la tensión existente entre el control judicial y la democracia. Lo anterior, en la medida en que las encuestas de opinión pública demuestran que las decisiones judiciales, en la gran mayoría de casos, cuentan con apoyo popular; así mismo, en que al existir una discrepancia entre la decisión judicial y la opinión popular se dan dos posibilidades, que la gente cambie de opinión o que los jueces lo hagan –situación que sucede generalmente–; finalmente, en que al darse una discrepancia entre la decisión judicial y el sentir popular, la mayoría de las personas apoyen la decisión judicial (Friedman, 2005).

Cabe anotar que el control constitucional popular actúa sobre los jueces de una manera *ex post*, es decir, una vez surtida la decisión judicial, esta se somete a un juicio de adhesión popular. En cambio, la crítica a la falta de legitimidad democrática se presenta como una condición *ex ante* a la deliberación por parte de los tribunales constitucionales. Al respecto, cuando las decisiones judiciales no cuentan con una única respuesta y persiste una amalgama de posibilidades de solución, la incógnita del operador jurídico es por cuál de ellas proceder.

Perelman propone que el elemento de decisión judicial se debe configurar con ayuda de la fórmula “lo que es justo aquí y ahora” (Perelman, 1997). Esta

•¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?•

implica un juicio de adhesión social frente al contenido de la decisión judicial. Sin embargo, el acercamiento de los jueces al sistema social no es personalizado, puesto que ellos no hacen trabajo de campo ni aplican instrumentos cualitativos o cuantitativos para preguntar a las personas cuál podría ser la solución justa frente a determinado caso. Por lo tanto, una forma de hacer operativa esta fórmula es el control *ex post*, donde, una vez surtida la decisión judicial, es posible, a través de instrumentos de medición, conocer la cohesión social, y por tanto popular, de la decisión judicial que se toma en el ejercicio del control de constitucionalidad.

En este sentido, con el modelo del control de constitucionalidad popular, la idea de supremacía judicial, típica del modelo fuerte, resulta una expresión exagerada. Cuando la Corte toma una decisión judicial sobre la cual no existe adhesión popular, le es dado al sistema social ejercer mecanismos de presión, tales como la movilización social o la protesta pacífica (Friedman, 2005).

### **En defensa del control de constitucionalidad fuerte: la idea de representación argumentativa**

En las acotaciones de Waldron se infiere una posición radical, derivada de la ausencia de legitimidad democrática en el control de constitucionalidad fuerte. Esta posición puede resultar incluso falaz, en la medida en que se basa en un todo o nada, puesto que al debatir quién debe tomar la última decisión política fundamental, el autor no tiene en cuenta la posibilidad de un trabajo mancomunado entre el legislativo y el judicial, impidiendo la posibilidad de un sistema de pesos y contrapesos. En este orden de ideas, si el parlamentario tiene la última palabra, la pregunta subsiguiente es ¿quién lo controla? (Verdugo, 2013).

Derivadas de la idea de pesos y contrapesos confluyen las nociones del aspecto positivo y negativo del control de constitucionalidad. La distinción entre ambas corresponde al ejercicio de poner en una balanza las decisiones judiciales relativas a la colisión de derechos fundamentales con bienes colectivos. El ejercicio de la legislación, en correspondencia con sus bases utilitaristas, usualmente parte de satisfacer el alcance de estos últimos. Así, el aspecto negativo del control de constitucionalidad implica la interferencia del poder judicial sobre el poder legislativo. En la medida en que esta sea menor, se considera que el grado de legitimidad puede ser mayor. Por otro lado, el aspecto positivo implica inclinar

la balanza a favor de la democracia y de la satisfacción de los bienes colectivos (Alexy, 2015).

Para esto, Alexy justifica el control de constitucionalidad fuerte a partir de la teoría de los principios y de la teoría de la representación argumentativa. En la medida en que los derechos fundamentales adquieren categoría de principio y, por lo tanto, de mandatos de optimización, su forma de satisfacción puede ser gradual, al contrario de lo que ocurre en el modelo de reglas. Cuando una norma jurídica, elaborada por el legislador y que supone la representación democrática del pueblo, satisface derechos, intereses y metas colectivas, pero al mismo tiempo transgrede derechos fundamentales, resulta necesario que en el ejercicio del control de constitucionalidad la decisión sea contramayoritaria. Lo anterior, encontrando en la ponderación un mecanismo útil para justificar dicho carácter del control fuerte. De tal manera, para Alexy, el control de constitucionalidad opera como aquella figura que denota una superioridad de los derechos fundamentales frente a la legislación parlamentaria, puesto que su fundamento lógico es el principio de contradicción (Alexy, 2006).

En este sentido, Alexy justifica la existencia del control de constitucionalidad fuerte, delimitando la necesidad, a partir de casos concretos, del argumento negativo, siempre que el legislador transgreda los límites ponderativos. Ello no equivale a la superposición del argumento negativo sobre el positivo, sino al entendimiento de que estos pueden ser emparejados a partir de las nociones clásicas de constitucionalismo democrático.

El argumento positivo, visto desde el control de constitucionalidad, cuenta con dos variantes. La primera, protege las condiciones reconocidas en una democracia, lo que acarrea la legitimidad del control, ya que, en la actualidad, el derecho a disentir también es objeto de protección (Alexy, 2015). La segunda, deriva en la denominada representación argumentativa, que se puede sustentar en cuatro premisas:

1. El control de constitucionalidad conlleva un ejercicio de la autoridad del Estado.
2. Todo poder es legítimo si tiene fundamento en el pueblo.
3. Por lo tanto, el control de constitucionalidad es legítimo si y solo si reside en el pueblo.
4. Si reside en el pueblo, entonces debe representarlo (Alexy, 2015).

•¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?•

De acuerdo a las cuatro premisas, el control de constitucionalidad es legítimo en tanto es compatible con la democracia. Esto solo es posible cuando media una representación argumentativa. Para ello, Alexy determina dos condiciones: la primera, es la existencia de argumentos correctos y razonables en la justificación de la decisión judicial; la segunda, es la existencia de personas razonables, dispuestas a aceptar argumentos racionales (Alexy, 2015).

¿Qué hace que el argumento sea correcto, desde el punto de vista de su justificación? Y, ¿es posible el modelo de Waldron en democracias donde las personas aceptan y formulan argumentos no racionales?

Para responder las preguntas anteriores, se hacen indispensables tanto la teoría del discurso práctico racional como la idea de democracia sustancial. En cuanto a la primera, viéndose la argumentación jurídica desde el punto motivacional de la decisión judicial —una forma del discurso práctico racional—, un argumento es correcto y razonable en la medida en que corresponda al Derecho. Es decir, siempre que no transgreda las reglas del discurso jurídico, en las que los derechos fundamentales aparecen como límite en la actividad argumentativa para el poder legislativo y judicial.

Todo argumento de una decisión judicial es correcto, en tanto se dirija a las personas conforme a las reglas mismas del discurso jurídico, suponiendo que los individuos, al ser tratados de forma racional, lo van a aceptar racionalmente. De ahí que, en el ejercicio del control de constitucionalidad, cuando la Corte emplea argumentos destinados a convencer a un auditorio universal, por referirse a este como seres racionales, la decisión se convierte en democrática.

No hay que olvidar que coexisten intereses democráticos que, a pesar de ser legítimos, constituyen ideas irracionales. En este sentido, la noción de constitucionalismo democrático impone límites a la actividad discursiva y procedimental, validando que no todo argumento legítimo y democrático es conforme a derecho (Ferrajoli, 2004).

La anterior posición supone, en respuesta a la segunda pregunta, que el control de constitucionalidad solo es democrático en la medida en que se dirige a seres racionales. En otras palabras, si este recae sobre intereses democráticos irracionales, la Corte Constitucional tiene como función morigerar las reglas del discurso y no atenderlos. En este orden de ideas, el error en la figura de Waldron opera en la idealización de sociedades democráticas racionales. Siendo así, ¿un

interés democrático originado en un prejuicio, constituye un interés democrático racional?

La respuesta es demeritoria. Al respecto, la aparición de intereses democráticos, o incluso mayoritarios, es una cuestión típica del convencionalismo. Sin embargo, su límite se zanja en qué sujetos racionales convergen en intereses comunes y morales. Precisamente, Dworkin sienta un baremo para determinar cuándo la moralidad convencional es o no racional, a través de cuatro filtros:

1. No es convencional una moral basada en prejuicios.
2. Si el sistema de creencias de una persona arroja repulsión hacia un grupo de personas y, se evidencia que dicha repulsión es una reacción emocional.
3. Fundamentar la posición moral en una posición de hecho falsa.
4. Basar mi posición moral en creencias ajenas (Dworkin, 1985, p. 335).

Al respecto, la experiencia democrática y constitucional del sistema jurídico colombiano demuestra la inexistencia de personas razonables, dispuestas a aceptar argumentos racionales (segunda característica de la representación argumentativa). Sírvasse como caso ejemplificante el desacuerdo frente a la posibilidad de instaurar medidas a favor de los menores, como la cadena perpetua para violadores.

Durante los años 2008, 2009 y 2010, la Senadora Gilma Jiménez impulsó la convocatoria a un referendo, a través del cual se pretendía modificar el artículo 34 de la Constitución Política, que en su formulación lingüística prohíbe las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. Desde su ámbito de aplicación, los destinatarios de esta posible reforma eran los sujetos declarados culpables de haber cometido el delito de violación en contra de menores de edad.

La propuesta tuvo un amplio espectro de legitimidad democrática. Sin embargo, los fundamentos eran irracionales, ya que correspondían a una propuesta subyacente a juicios emocionales, lo cual contrariaba las reglas del discurso jurídico y constituía, a su vez, una falacia *ad misericordiam*. Adicionalmente, la propuesta era direccionada por una congresista, lo que implicaba el ejercicio del derecho de la legislación. Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia, a través de la Sentencia C-397 de 2010, demeritó la propuesta y la declaró inconstitucional. El caso sirvió para demostrar que existen intereses democráticos irracionales, que

•¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?•

irrumpen con la idea de representación argumentativa, lo cual evidencia la necesidad de la existencia de un control de constitucionalidad fuerte.

## Conclusiones

Instaurar un modelo democrático de constitucionalidad para países como Colombia, requiere una representación parlamentaria efectiva. Sin embargo, el Congreso de la República resulta ser una de las instituciones con peor imagen de favorabilidad en el país, respecto a la ciudadanía. La razón está en la ponderación de intereses económicos privados y la representación ciudadana, cuyos resultados han demostrado múltiples casos de incumplimiento en la racionalidad de la legislación colombiana.

A su vez, ante la inexistencia de una representación argumentativa, vista en los intereses democráticos irracionales del elector, cobra raigambre el control judicial de constitucionalidad. Por otra parte, en el modelo de Waldron se encuentra una propuesta ideal, que no corresponde a la realidad y a las contingencias democráticas de Latinoamérica.

Por último, las sentencias producto del control judicial que hace la Corte Constitucional en Colombia, cuyo carácter es contramayoritario y progresista, demuestran su legitimidad desde tres puntos de vista:

1. Representan democráticamente los intereses de los grupos menos favorecidos por ocasión de la regla de la mayoría.
2. Su legitimidad no puede ser desligada de la legalidad, vista en términos de normas de competencia.
3. Desde el punto de vista del argumento intemporal, nominan y dan garantía a los derechos que perfilan las sociedades democráticas modernas, en virtud de la dinámica social.

## Referencias

- Agudelo, O. (2012). Restricción, limitabilidad y derechos fundamentales: aportes para una teoría sistemática de los derechos fundamentales como derechos limitables. En E. Castro, *Crítica y fundamentación de la política y de los derechos humanos* (pp. 143-167). Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Alexy, R. (2006). Ponderación, control de constitucionalidad y representación. En P.A. Ibáñez, *Jueces y ponderación argumentativa* (pp. 1-18). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Alexy, R. (2015). Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa. En J.G. Fabra, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 219-234). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Amaya, J. (2010). Marbury Vs Madison. O de antiguas y modernas tensiones entre democracia y constitución. *Revista de Estudios Jurídicos*, 1-22.
- Atienza, M. (1991). Razón práctica y legislación. *Revista mexicana de estudios parlamentarios*, 1(3), 9-31.
- Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho? *Isosnomía*, (18), 6-25.
- Camarillo, J. (2011). Regla de la mayoría y democracia constitucional. *Heurística jurídica*, (3), 43-62.
- Dworkin, R. (1985). *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Friedman, B. (2005). Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una respuesta a Roberto Gargarella. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 169-173.
- Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, (6), 55-70.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional.
- Gaviria, J. (2014). Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin. *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, 361-368.
- Green, J. (2011). The Anticanon. *Harvard law review*, 125(2), 380 – 474.
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 249-300.



•¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?•

- Linares, S. (2015). El control de constitucionalidad: la democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria. En J.S. Fabra, *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, Vol. 3 (pp. 1959-1990). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Melero, M. (2018). Constitucionalismo débil. *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, 198-210.
- Navarro, P. (2007). Normas condicionales y falacia naturalista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, 601-616.
- Perelman, C. (1997). *El imperio retórico*. Bogotá: Norma.
- Rodríguez, C.U. (2007). *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad.
- Schmitt, C. K. (2009). *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos.
- Solum, L. (2008). Semantic originalism. *Illinois public law and legal theory Research papers series*, 1-172.
- Spector, H. (2015). Un sistema democrático de control de constitucionalidad. En J.G. Fabra, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 278-293). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Trovaio, P. (2015). Tribunal constitucional - ¿Un legislador negativo o positivo? *Revista de Derecho UNED*, (16), 713-740.
- Verdugo, S. (2013). La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, 40(1), 181-223.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- Waldron, J. (2008). The concept and the rule of law. *Georgia law review*, 1-61.
- Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion*, 7-28.



APA: Ávila Hernández, F. M., Villalobos Antúnez, J. V., Machado, G. y Romero Neces, L. (2020). El sistema de nominación del poder judicial y su influencia en el sistema político. El caso Venezuela: falencias y desafíos. En O. A. Agudelo Giraldo (Ed.), *Derechos humanos, democracia y poder judicial* (págs. 121-158). Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133020.2020.6>

Chicago: Ávila Hernández, Flor María, Villalobos Antúnez, José Vicente, Machado, Gustavo y Romero Neces, Luis. "El sistema de nominación del poder judicial y su influencia en el sistema político. El caso Venezuela: falencias y desafíos." En *Derechos humanos, democracia y poder judicial* editado por Oscar Alexis Agudelo Giraldo, 121-158. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. doi: 10.14718/9789585133020.2020.6

## EL SISTEMA DE NOMINACIÓN DEL PODER JUDICIAL Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA POLÍTICO. EL CASO VENEZUELA: FALENCIAS Y DESAFÍOS

Flor María Ávila Hernández\*

José Vicente Villalobos Antúnez\*\*

Gustavo Machado\*\*\*

Luis Romero Neces\*\*\*\*

### Introducción

La selección de jueces y magistrados para ocupar cargos en el poder judicial en general, y en las Cortes Supremas en particular, en el contexto de los Estados Democráticos de Derecho, representa un tema fundamental para la Filosofía del

\* Postdoctora en Derechos Humanos y Doctora en Filosofía de los Derechos Humanos de la Universidad de Nápoles. Magister en Ciencias Políticas y Derecho Público de la Universidad del Zulia. Docente e investigadora de la Universidad Católica de Colombia. Email: [fmavila@ucatolica.edu.co](mailto:fmavila@ucatolica.edu.co).

\*\* Postdoctor y Doctor en Derecho de la Universidad del Zulia. Editor de la Revista Opción de Ciencias Humanas y Sociales. Email: [jvillalobos@gmail.com](mailto:jvillalobos@gmail.com).

\*\*\* Magister en Teoría y Política Económica de la Universidad Central de Venezuela. Director de investigación e innovación del Instituto de Gerencia y Estrategia del Zulia. Email: [gustavo.machado1974@gmail.com](mailto:gustavo.machado1974@gmail.com).

\*\*\*\* Licenciado en Lenguas Modernas. Abogado de la Universidad del Zulia. Doctor en Ciencias Humanas. Email: [luisromero7@gmail.com](mailto:luisromero7@gmail.com).

Derecho, la Ciencia Política, la Sociología Jurídica y la Ciencia del Derecho. Estos campos del conocimiento afrontan este tema modernamente con grandes desafíos y con no menos e inusitados dilemas.

El poder judicial representa el escenario donde el derecho se realiza, pues interactúa con los ciudadanos de forma más directa y legítima, en regímenes democráticos. Este se configura como bisagra para aliviar tensiones sociales y políticas entre la sociedad civil y el Estado, aun cuando este último pueda tener un rol de mediador de tensiones, el cual se ve truncado por su histórico carácter intervencionista, haciéndolo también un generador de conflictos.

La literatura especializada expone que esta cuestión tiende a desaparecer parcialmente desde el neoliberalismo político, exceptuando aquellos modelos de organización del Estado donde impera una fuerte posición del paradigma paternalista (Villalobos Antúnez, 2001)<sup>47</sup>. Sin embargo, y a pesar de las tensiones generadas en su desempeño, hoy estos sistemas políticos también son llamados “constitucionales”, en atención a los reclamos sociales relativos al cumplimiento de sus fines, en virtud de la primacía de los principios que los constituyen, especialmente en el ámbito de la aplicación del derecho legal y legítimamente “puesto”<sup>48</sup>.

A estos aspectos, centrales en la configuración del Estado de Derecho y de la Teoría Contemporánea del Derecho, se les conoce como, por un lado, el “principio de autonomía” o “de autonomía de funcionamiento” y, por el otro, como “principio de independencia de poderes” o “principio de independencia”. Junto con el “principio democrático”, ellos conforman el hoy llamado “Estado Democrático de Derecho” (Habermas, 1998). En este se encarna, como proyecto político, la realización de los derechos que socialmente le son atribuidos al ciudadano<sup>49</sup>. Lo

47 Para una revisión del Derecho, desde los paradigmas jurídicos del Estado, en el contexto del Derecho Moderno.

48 En este texto se denomina “derecho legal y legítimamente puesto”, aquel que para obtener su vigencia como norma ha seguido los procedimientos pautados por un orden jurídico determinado. Modernamente, este “derecho” es legislado a partir de esas mismas pautas, pero estatuidas por las Constituciones Políticas, justamente en el contexto del Estado Democrático de Derecho. Para más información, ver: José Manuel Delgado Ocando (1996). Sobre la evolución de este concepto en la modernidad, ver: Juan Ramón Capella (1997).

49 Esta cuestión principal, del Estado Democrático de Derecho, es analizada en el marco de los derechos sociales fundamentales, precisamente a partir de la justicia como valor indispensable para la convivencia, es decir, como elemento de estabilización de expectativas. De esta forma, la justicia solo puede ser alcanzada mediante la toma de decisiones abarcadoras de los intereses de los afectados en dichas sociedades. De allí la necesidad de que el Estado Constitucional se apropie de un procedimiento cónsono con los principios que lo fundan, para designar funcionarios judiciales en tiempos de democracia, en todas sus jerarquías y ocupaciones. Esta cuestión se analiza

anterior hace que una gran carga, en el proceso de estabilización de expectativas, dependa del poder judicial, especialmente en situaciones de conflicto.

Dichos principios son, desde la teoría política que los sostiene, los rectores de los procesos de realización del Estado de Derecho. Por ello, en el ámbito de la independencia judicial en países democráticos, son vistos como plataforma de reconstrucción de ciudadanía y, lo más importante para el presente tema, como conformadores de la esencia de la separación de poderes, la cual hace parte en Latinoamérica de uno de los modelos de designación de jueces.

Como se evidencia en los trabajos de autores contemporáneos como Jürgen Habermas, Ronald Dworking, Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio o Giovanni Sartori, esta cuestión, en la historia democrática, se ha convertido en el soporte fundamental y en el principio angular de la vida en sociedad (Habermas, 1998)<sup>50</sup>.

Así, incorporar mecanismos y procedimientos idóneos para la escogencia democrática de jueces es una experiencia propia de los Estados Constitucionales modernos, que han dejado en el pasado el absolutismo político. Este implicaba que el monarca o el príncipe representara las funciones mediadoras de conflictos, designando de forma unilateral, y carente de criterios “democráticos”, a los jueces y magistrados, de acuerdo a su real saber y entender<sup>51</sup>. Vale aclarar que en los regímenes dictatoriales la dinámica es otra, especialmente en aquellos donde rige o rigió la tiranía como sistema de gobierno (Capella, 1997).

No obstante, la realidad que vive la sociedad política es que en algunos sistemas de derecho, aún de tradición democrática y con sostenido arraigo histórico de sus instituciones, ha sido complejo –aunque también a veces imposible– separar de facto los poderes del Estado. Lo anterior, puesto que durante el discurrir de la vida política, el nombramiento de jueces se ha permeado de influencias de

---

en el presente trabajo. Respecto a la aplicación del derecho en el contexto de los derechos sociales fundamentales, ver: J. V. Villalobos Antúñez y F. Ganga (2016) *Derechos sociales fundamentales: Consideraciones iusfilosóficas de sus dilemas. Aproximación utópica desde la Bioética Global*. En *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Año 21, No. 75, pp. 93-111. Artículo en línea, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27950107010>.

50 En este sentido, Habermas considera que hay un nexo interno entre el Estado de Derecho y la democracia, especialmente como pilar estructural del paradigma constitucional del Derecho, el cual se diferencia claramente de los demás tipos de relaciones en los cuales se conforma el Derecho en occidente, a saber, el iusnaturalismo, el positivismo, el criticismo y el constitucionalismo. Ver: Habermas (1997 y 1998).

51 Sin embargo, es importante señalar que en regímenes parlamentarios como el británico, el rey o la reina aún conservan la potestad de nombramiento, al menos en el nivel de cabeza visible del gobierno judicial. Para más información ver: Ricardo Ron Latas y Pedro José Lousada Arochena (2017), *Los Consejos de la Magistratura y otros modelos de gobierno judicial*.

distintos órdenes, especialmente en aquellos sistemas que han optado por delegar estas funciones al Poder Ejecutivo, incluso al Poder Legislativo, o a los Órganos Colegiados, cuya directiva es a su vez designada, ya sea directamente o por influencia del mismo Ejecutivo, como en Venezuela y Colombia.

El ejecutivo y el legislativo son dos poderes tradicional e históricamente marcados por lógicas y tendencias políticas, pues, además, en sistemas democráticos son de raigambre popular: su nombramiento legítimo generalmente se realiza a través de elecciones libres, directas y secretas y mediante votaciones públicas.

En ese sentido, la designación de jueces y magistrados está, muchas veces, mediada por diferentes conflictos políticos. Por ejemplo, en Venezuela, un país con una tradición democrática de las más arraigadas en el continente americano, hasta la década de los años noventa —una época de esplendor democrático, aunque también de crisis política— se pensaba desfavorablemente sobre este tema, el cual es de vital importancia para la democracia como sistema político.

También, siguiendo con el caso venezolano, y en lo que concierne a la legitimidad en el desempeño, es uno de los problemas que se ha intentado resolver mediante formas idóneas. Estas, al ser demandadas por la sociedad en su conjunto para administrar justicia, buscan que la democracia se levante satisfactoriamente, sorteando dichos entramados políticos. De igual manera, tienen por objetivo que la clase política sepa realizar dicha figura, en tanto valor social. Ello ocurre en lo interno de la sociedad como un todo, pero también en cada ciudadano particularmente considerado<sup>52</sup>. Lo anterior, al menos de forma ideal, puesto que, en la práctica, esto ha discurrido en sentido contrario.

A propósito del modelo de gobierno judicial, instaurado recientemente por la Constitución de 1999, en uno de los momentos de inflexión política que atravesaba la democracia de Venezuela, y en lo referido a los mecanismos de designación de jueces y magistrados, el jurista venezolano Aristides Rengel-Romberg (2003) señaló:

La consideración de estos problemas ha planteado las dudas acerca de si encomendado el gobierno de la magistratura a un órgano constituido enteramente por los mismos jueces, pueda formarse una clase judicial cerrada, con una orientación divorciada de

52 La historia democrática contemporánea de este país transita por senderos inhóspitos, en un sentido del Derecho insatisfecho. Para ver una articulación en términos de democracia e historia contemporánea, consultar *Historia de la democracia*, de Lucía Raynero.

los fines del Estado a través de los demás poderes; o bien, que dejando encargada la organización y gobierno de la magistratura al poder ejecutivo únicamente, pueda sufrir, como de hecho ha sufrido, graves injerencias de la política y la arbitrariedad en la justicia (p. 15).

En este orden de ideas, el presente texto tiene como propósito el análisis del tema de la designación de los miembros del Poder Judicial, tomando como situación particular el caso venezolano. Esto, con el fin de aclarar algunas dudas, que han surcado las cavilaciones en torno al problema de la administración de justicia en tiempos de democracia y en el contexto del Estado de Derecho Constitucional, tal como lo pretende el proyecto de país, contenido en la declaratoria política de la República, plasmado en su Carta Magna de 1999.

Así, este artículo se ha dividido en las siguientes secciones, para mejorar su exposición. Se inicia con las consideraciones sobre “independencia” y “autonomía”, que se han discutido en la doctrina, mediante el estudio de los diferentes modelos para la designación del gobierno judicial, dados en occidente, los cuales tradicionalmente han buscado garantizar dichos valores. Luego, se abordan algunos referentes necesarios para comprender el caso en examen, a saber, la situación de designación de jueces y magistrados en Venezuela. A continuación se hace un análisis, en las dos secciones siguientes, de las leyes que han regido el tema de la designación y del gobierno judicial. Finalmente, se dan algunas reflexiones a modo de conclusión, las cuales no pretenden agotar el tema, pues quedan todavía muchas dudas que despejar.

### **El gobierno judicial. Consideraciones sobre independencia y autonomía**

Antes de entrar en el caso venezolano, es necesario hacer un breve análisis sobre algunas de las teorías y modelos que más resaltan en occidente, en torno al tema de la designación de jueces y magistrados. Es importante tener en cuenta que la eficacia en la operatividad de los derechos, especialmente de aquellos denominados “fundamentales”, pasa por tener en cuenta que un gobierno judicial independiente y autónomo es la base principal de la imparcialidad y la objetividad en el poder decisorio que ostentan jueces y supremos magistrados. Así, puede afirmarse que en la historia de la democracia contemporánea, y del Derecho que la sostiene internamente, se han dado dos sistemas o modelos, en el contexto de

las teorías políticas emergentes, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial.

Esta cuestión deja ver que en el mundo occidental la tarea principal de la democracia es la de administrar justicia, la cual está, además, orientada a satisfacer siempre los intereses del Estado de Derecho en el que existen particulares e instituciones. Bajo dichas premisas, cabe observar que hay básicamente dos maneras de encarar el asunto: en primer lugar, a través del Poder Ejecutivo; y, en segundo lugar, a través de la intervención conjunta del mencionado poder y del Legislativo. Estos últimos están vinculados a la voluntad popular, al menos en las democracias erigidas por un régimen igualmente democrático. De esta manera, y a partir de esta doctrina, se acentúa la separación de poderes y se permea de legitimidad la función judicial.

Vale destacar que estos dos modelos han operado, igualmente, como formas eficaces, si se miran las consecuencias que producen en lo político las decisiones emanadas de un poder judicial legítimo. Esto hace referencia a la idea de que son las Constituciones, finalmente, las que determinan esa legitimidad, al darle vida política al sistema de nombramiento de jueces y magistrados.

Al respecto, López Guerra (2002) afirma que,

por un lado, hay el que podríamos llamar Modelo Europeo, basado en el papel central del poder ejecutivo; y por otro lado, el que podría asimismo denominar modelo americano, que pone el acento en la división de poderes y, sobre todo, en el papel predominante de las cortes supremas (p. 250).

Básicamente, el primer modelo está relacionado con la idea de un gobierno judicial, centrado en la conformación de un órgano que dimana de las facultades constitucionales dadas al Poder Ejecutivo. Este, a través de un ministro, y luego de un Consejo de la Magistratura, da legitimidad al proceso de designación de jueces, correspondiendo a las más altas esferas políticas institucionales (Ejecutivo y Legislativo), para así designar a los magistrados y a otros funcionarios (fiscal, defensor u ombudsman, entre otros) del más alto Tribunal del País. Lo anterior se evidencia, por ejemplo, en las Constituciones de Francia (1946) e Italia (1958).

Una de las características que más resalta de este modelo, es que se centra en el traslado de las funciones de nombramiento de jueces, desde el Ministro de Justicia, hacia las de un cuerpo colegiado denominado Consejo de la Magistratura. De lo que se trata, es de que el Poder Ejecutivo intente preservar la legitimidad



del Poder Judicial, para evitar así su propia injerencia en el mismo, puesto que el nombramiento y disposición de funciones administrativas de los jueces ha hecho que esta sea inevitable. Así lo demuestra la historia de esta institución, a pesar de los intentos de resguardar su independencia y autonomía.

Tal como señala López Guerra (2002),

lo que se produce es, dentro del mantenimiento de esa competencia general, el traslado de algunas funciones (posiblemente las consideradas más delicadas) que ostentaba el poder ejecutivo al Consejo de la Magistratura. Pero el traslado de esas funciones (esencialmente relativas a la designación, promoción, inspección y disciplina de los jueces) se produce mientras que el Ministerio de Justicia mantiene su competencia sobre el grueso de la gestión judicial, en materias como presupuesto, retribuciones, creación de plazas, medios materiales y personal auxiliar (p. 253).

Lo anterior muestra claramente que la intención en el modelo francés e italiano, trasladado al sur de Europa –especialmente a España y a Portugal– y que luego es incorporado en las Constituciones que emergen en los años noventa, busca no solo mantener la independencia y autonomía de los jueces, sino que también intenta estabilizar las expectativas sobre las renacientes democracias. Estas se ciernen como modelos apropiados para encontrar alivio a las tensiones dejadas por la guerra y a los intentos de posicionar partidos políticos con promesas democratizadoras.

Sin embargo, detrás de este modelo, que intenta preservar el poder a través del control por parte del Poder Ejecutivo, está el propósito de mantener la independencia necesaria en el funcionamiento del sistema judicial. De esta manera, se pueden acercar las promesas de realización personal, hechas al ciudadano común, en pro del fortalecimiento de la democracia, mediante una forma de designación de jueces que cumpla con la esperanza de justicia, encarnada en las Constituciones de esa Europa renaciente.

Luego, surge el llamado “modelo americano”, que hace énfasis en la legitimidad del nombramiento y en la función independiente y autónoma de jueces y magistrados, a partir de la teoría de separación de poderes, piedra angular, desde Montesquieu, de los regímenes políticos democráticos, sobre todo de aquellos basados en el constitucionalismo filosófico.

Según este, son las Constituciones logradas a partir del fragor de las discusiones políticas y del principio democrático, las que estipulan las reglas sobre

las cuales se fundan los Estados de Derecho. La idea de este modelo es permear del sentido democrático constitucional la designación de jueces y magistrados, sin que para ello medien intereses más allá del desarrollo del Derecho y de los propios de la República, fundada en este mismo sistema.

Respecto a este modelo, López Guerra (2002) expresa:

Muy distinta ha sido la situación en los países de América Latina. En ellos, la presencia formal del órganos (sic) del poder ejecutivo en la organización de la justicia no ha sido tan destacada como en Europa, debido a la adopción de fórmulas constitucionales más fieles al principio de separación de poderes. En América Latina, en gran manera, la Corte Suprema ha ocupado históricamente el lugar que en Europa correspondía al Ministerio de Justicia (p. 253).

En lo dicho anteriormente se encuentra otra afirmación que no se indica de manera explícita. Ella tiene que ver con que, siendo las Cortes Supremas de los países latinoamericanos los órganos encargados de las funciones del gobierno judicial –y en obediencia a la teoría de la separación de poderes–, se ve claramente que este se encuentra permeado por dicho principio. Esto, toda vez que las Cortes Supremas de los países de América están creadas por vía de las Constituciones, además de estar regladas casi siempre por leyes orgánicas o por la misma Constitución que las crea.

Consecuentemente, la legitimidad de origen de las Cortes Supremas implica la potestad de organizar su propio gobierno, esto es, el de jueces y demás funcionarios judiciales, incluyendo los Consejos de la Magistratura, los cuales, en el otro modelo, son designados por el Poder Ejecutivo. La idea central de la presencia de estos Consejos en el modelo americano, como especie híbrida del europeo, es que sean las Constituciones las que creen, de forma originaria, la competencia de dar a las Cortes Supremas su propio gobierno.

De todo lo anterior, se concluye que el gobierno judicial en Latinoamérica oscila entre el modelo europeo, que parte de la creación de un Consejo especializado, y el modelo americano, que acentúa la legitimidad de este gobierno en la creación por vía constitucional. Lo anterior, conlleva que los Poderes Ejecutivo y Legislativo sean quienes se atribuyan la conformación de la estructura del órgano de gobierno judicial, creado por la misma Constitución, a través del nombramiento de los magistrados de las Cortes Supremas. Tales son los casos de Colombia y Venezuela, siendo precisamente el segundo el que se analiza en este texto.

Por ello, es fundamental aclarar, antes de entrar en materia, que la justicia como valor en un Estado Democrático de Derecho, no solo se alcanza a través de su legítima administración, esto es, mediante la operatividad de un gobierno judicial que recoja las expectativas ciudadanas, traducidas en el desempeño competente del juez o magistrado.

Más bien, la justicia se alcanza por medio de la conformación de un entramado jurisprudencial que, por intermedio del juez, se traduzca en pluralismo político, el cual se base en la legitimidad de las decisiones y en la incorporación del principio democrático, por vía de las buenas prácticas durante su desempeño<sup>53</sup>, garantizadas en principio por la independencia y la autonomía del juez o magistrado.

### Un referente necesario

En Venezuela, particularmente, los movimientos democráticos han luchado infructuosamente, durante décadas, por la reforma integral del sistema judicial, muchas veces logrando pocos o nulos efectos sobre la imparcialidad del mismo, lo cual ha traído consecuencias directas de preferencias hacia el justiciable, debido a las decisiones finalmente tomadas por los jueces seleccionados.

Lo anterior, más allá de las apariencias democráticas presentadas en el historial republicano de los últimos sesenta años. Desde la década del cincuenta, hasta el presente, se han sucedido varios sistemas de administración judicial, traducibles básicamente en tres formas particulares de gobierno, relativas a los dos modelos señalados en el apartado previo. Por un lado está el del Ministro de Justicia, por otro, el del llamado Consejo de la Judicatura y, por último, el que está vigente actualmente, centrado en el poder de designación del propio Tribunal Supremo de Justicia.

El Tribunal es nombrado por un sistema de selección, sustentado en ternas, las cuales son presentadas por los poderes y por los ciudadanos. Esto permite, finalmente, la elección por consenso y conforme a un sistema ante el Poder Legislativo, que se da mediante votación de las dos terceras partes de la

53 Para una discusión sobre el pluralismo político en el ámbito de la justicia como valor, ver: Villalobos Antúñez, J. V. (2016) *Justicia y teoría política: Una cuestión de pluralismo*.

conformación de la Cámara de Diputados (por derecho conformada por una sola cámara de diputados)<sup>54</sup>.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo involucrado y de la voluntad manifiesta en políticas públicas lógicas y aceptables en la teoría, orientadas a alcanzar un sistema ideal de designación, el panorama no ha cambiado notablemente. En este, la discrecionalidad en los nombramientos de los jueces es una norma que, de facto, ha funcionado como regla general, trayendo como consecuencia cuestionamientos de manera global sobre la legitimidad de las decisiones judiciales, a pesar de las apariencias de legalidad durante el trajín riguroso de la justicia formal, frecuentada en la escogencia de los magistrados a lo largo de esa historia.

En efecto, como indica Louza (2005),

Venezuela ha transitado por diversos sistemas de gobierno judicial a lo largo de los últimos cincuenta años, sin que por ello la situación de la justicia, o cuando menos la percepción pública que de ella se tiene, haya mejorado. Esta apreciación local se ve reforzada por la experiencia internacional, pues existen en el mundo distintos ejemplos de sistemas de administración de justicia exitosos, sin que sea una constante entre ellos el sistema de gobierno judicial elegido (p. 33).

Sin embargo, a pesar de este criterio, la idea de nombramiento de jueces y magistrados ha estado siempre marcada por conflictos políticos, en especial si se trata de aquellos funcionarios con competencia directa en la interpretación de la Constitución. Esto, debido a que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene las competencias interpretativas del proyecto político de la Carta Magna, que son las que finalmente lo reconstruyen o tergiversan. Por ello, las luchas políticas en torno a la designación siempre tienen que ver con estos conflictos, tal como lo señalan Villalobos y Bozo (2010).

Respecto a estos antagonismos en torno a la Constitución, estos autores afirman:

Los problemas generados desde la perspectiva mencionada, apuntan hacia una dimensión procedimental para la aplicación del derecho constitucional, cuestión que en el pasado y bajo las concepciones conservadoras del derecho, no tenían cabida

54 Es importante señalar que la más reciente designación de magistrados al Tribunal Supremo de Justicia fue desconocida por el Presidente de la República, creando con ello más tensiones políticas sobre el desempeño de la democracia como sistema en Venezuela. Ver reseña periodística del 21 de julio de 2017, en BBC NEWS: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40688067>.

en virtud de la rigidez de interpretación por parte del juez constitucional frente a las controversias por los derechos fundamentales (Villalobos & Bozo, 2010, p. 383).

Así, vemos que los conflictos surgidos a raíz de la interpretación de los derechos fundamentales, comienzan por los criterios de selección de los magistrados del Alto Tribunal, pues son estos quienes finalmente toman las decisiones que van delineando el curso político de la acción social. De allí la importancia de su estudio.

### **El sistema de nominación en la Ley de Carrera Judicial de 1980 y su Reforma de 1998**

Vistos los fundamentos filosóficos hasta aquí discutidos, ahora se puede considerar el caso concreto señalado, a saber, el sistema de designación de jueces en Venezuela, que se encuentra previsto en diversos cuerpos normativos.

En primer lugar, está la Ley de Carrera Judicial<sup>55</sup>, la cual fue creada con la finalidad de asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces en su profesión como funcionarios, regulando las condiciones para el ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la judicatura, así como con el objetivo de establecer la responsabilidad disciplinaria respecto a la realización de sus funciones. No obstante, hay que decir que dicha ley, ciertamente, no es el primer esfuerzo por regular la materia.

La Constitución de 1961 creó el Consejo de la Judicatura, una entidad de carácter autónomo, cuyas funciones —entre otras— eran el gobierno y la administración del poder judicial, al igual que el nombramiento y la remoción de jueces. Pero, este ente empezó a funcionar solo hasta 1969, cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial finalmente estableció lo concerniente a su conformación y atribuciones. Más allá de esto, tuvo que esperarse hasta 1980 para que la función judicial contara realmente con un sistema propio para la procedimentalización del poder de judicatura en su ámbito administrativo, a pesar de que la carrera judicial no fue propiamente instaurada como práctica democrática.

Tal como señalan Ayala y Casal (2008),

la razón de ser del Consejo de la Judicatura fue tergiversada por la praxis institucional y el establecimiento de la carrera judicial fue un mandato constitucional incumplido.

.....  
<sup>55</sup>Publicada en Gaceta Oficial N° 5.262 Extraordinario, 11 de septiembre de 1998.

Habría que esperar a 1980 para la promulgación de la Ley de Carrera Judicial, que reguló las distintas etapas de esta carrera, desde la selección e ingreso de los jueces por concurso, pasando por su permanencia y ascenso, hasta llegar a la terminación de la carrera mediante jubilación, sin perjuicio de la posibilidad de destitución en virtud de la comisión de falta grave, previa instrucción del procedimiento correspondiente. Sin embargo, la carrera judicial no fue instaurada y el ingreso de los jueces no se sometía al procedimiento de los concursos (p. 435-499).

El Consejo de la Judicatura nunca fue una institución verdaderamente autónoma e independiente, especialmente en su desempeño, dado que su órgano directivo era seleccionado por las tendencias políticas dominantes. Esta cuestión era de esperarse, pues, como en todo sistema democrático, las tensiones que traía consigo la pugna por el control del poder forzaban muchas veces a acuerdos para la conformación de las estructuras del gobierno judicial. Así, según mandato de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, los nueve magistrados que conformaban el Consejo de la Judicatura eran escogidos de la siguiente manera: cinco por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, dos por el Congreso y dos por el Presidente de la República.

Como señala Damiani (2013),

las buenas intenciones destacadas se vieron anuladas por una razón de peso: los abogados escogidos para formar parte del Consejo de la Judicatura no eran conocidos por su actividad jurídica, sino por su afinidad política, por su lealtad hacia AD y Copei<sup>56</sup>.

Desde luego que esta fórmula empañó una de las más importantes funciones del Consejo de la Judicatura: la selección y designación de los jueces. De esta forma, aunque este Consejo no pertenecía al Poder Judicial ni realizaba ninguna labor hermenéutica, ni de aplicación del ordenamiento jurídico; era el organismo encargado de la Administración y Gerencia Judicial (pp. 435-499).

Dado que los partidos políticos eran quienes en última instancia seleccionaban a los magistrados del Consejo de la Judicatura, era irrealizable la separación del sistema de justicia de las luchas políticas<sup>57</sup>. Peor aún, el poder judicial se convirtió, en opinión de Quintero (1988), en “una zona de distribución o de

56 Justamente este afán de control del poder colonizó las instituciones políticas del Estado, cuestión que contaminó todas las instancias del poder, alejándose de la perspectiva democrática propiamente dicha. Al respecto, ver Ayala y Casal (2008).

57 Esta cuestión se ha potenciado en los últimos años de vida política en Venezuela, especialmente con el nombramiento de jueces del Máximo Tribunal del país, lo cual ha traído como consecuencia graves conflictos políticos

acomodación de sus militantes o simpatizantes” (p. 6). De la misma opinión es Pérez Perdomo (1993), quien afirma que el poder judicial y su gobierno se transformaron en lucha de poderes, debido a las pugnas que surgían entre los partidos de gobierno (AD y COPEI, pues los otros que conformaban el espectro político venezolano solo participaban de forma precaria).

Igualmente, el sistema judicial nacional había sido objeto de numerosas críticas, tanto nacionales como internacionales. El Informe del *Lawyer's Committee for Human Rights* de 1996, señaló que,

en lugar de cumplir el papel constitucional de garantes del Estado de Derecho y protectores de los derechos humanos de los ciudadanos venezolanos frente al gobierno, los tribunales se transformaron con frecuencia en adjuntos políticos de los partidos. Eran manipulados por grupos de abogados, jueces, actores políticos y empresariales para su beneficio económico. Y los procedimientos judiciales se habían vuelto tan lentos, enrevesados y poco fiables que los demandantes los evitaban a toda costa.

Sin embargo, es preciso mencionar que tal situación era endémica en Latinoamérica, donde el autoritarismo y la corrupción habían negado a los tribunales la total independencia, de plano inexistente o viciada, haciendo de las propias magistraturas el lugar en el que empezaba dicho abuso del poder, de manera sistemática. Como indica Mergal (1997),

los diagnósticos administrativos muestran que la administración judicial ha sido tradicionalmente y en la mayor parte de los países obsoleta, alejada de las prácticas básicas de administración, sin recursos técnicos suficientes, en exceso centralizada, sin elementos profesionales, sin programas de carrera, ni especialización (p. 1).

Entonces, se hizo indispensable una reforma del sistema, que debía iniciar con la creación de un marco normativo para el ejercicio de la función judicial. El primer paso hacia ese objetivo se dio con la Ley de Carrera Judicial de 1998. En dicho cuerpo normativo se introdujo, por primera vez, el escalafón judicial para el ascenso de los jueces, el cual permitiría a dichos funcionarios pasar progresivamente por las diversas categorías existentes en la circunscripción a la que pertenecían, acumulando para ello tiempo, méritos y credenciales, todo lo necesario para el tránsito por la carrera judicial.

Así, al distribuirse de manera jerárquica y vertical la competencia de los tribunales y de los jueces, y al establecerse el ascenso de acuerdo con los años transcurridos en el ejercicio de las funciones, así como con las credenciales y méritos acumulados, se garantizaba que los administradores de justicia estuvieran en constante crecimiento profesional y ejercieran su cargo de manera loable, correcta, idónea, imparcial, expedita y en estricta observancia de los principios y garantías constitucionales.

En otras palabras, el *telos* de la Ley de Carrera Judicial era el de aspirar a servir de garantía para los justiciables, haciendo que los jueces estuvieran capacitados para ejercer la labor jurisdiccional y, sobre todo, que cumplieran los requisitos exigidos para ostentar tales cargos públicos.

Estos requisitos, de acuerdo con las principales teorías<sup>58</sup> que se esgrimen en este trabajo, son de gran importancia en el desarrollo de todo sistema democrático, ya que de estos depende la búsqueda de la justicia como el valor supremo que rige todo Estado de Derecho, y como fin último de todo proceso judicial en el marco de dicho sistema. Además, siguiendo a Habermas (1997), establecen que la democracia debe ser regida por el derecho formal.

Por otro lado, además de lo relativo a la preparación y aptitud de los jueces, estaba la cuestión de su independencia en un sentido directo, es decir, de su libertad (ostentada por definición) para decidir, sin temor a represalias, lo que implicaba no estar sujetos a presiones internas o externas en el ejercicio de sus funciones. Esta independencia debía protegerse desde el mismo momento del nombramiento como juez, ya que de esto dependía la garantía de las buenas prácticas judiciales, pues, como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), “un adecuado proceso de designación de los miembros del poder judicial, que sea transparente y garantice la igualdad de los candidatos, es garantía fundamental para su independencia” (p. 187).

Si bien es evidente que los mecanismos para la escogencia de jueces tenían que estar claros y conformes con reglas democráticas, estos también debían ser seleccionados con miras a garantizar su independencia. En este sentido, era la

---

58 Como las de Habermas (1997 y 1998); las de Norberto Bobbio, en *Estado, gobierno y sociedad* (2016); y las de Giovanni Sartori, en *La democracia en 30 lecciones* (2009). En estos autores está la idea de que la democracia es un sistema complejo, dentro del cual coexisten diversos aspectos que desarrollan su siempre buscado desempeño, por lo que se agrega que el ejercicio de los derechos y su operabilidad le son necesarios.



•El sistema de nominación del poder judicial y su influencia en el sistema político•

norma la que debía considerar cuál era el mecanismo idóneo, no solo para este fin, sino también para asegurar la excelencia de los escogidos.

De modo tal que el artículo 10 de la Ley de Carrera Judicial, consagró el requisito de impretermisible concurrencia, que debía cumplir todo ciudadano que optase al cargo de juez en Venezuela<sup>59</sup>. Lo que se desprendió de esta norma fue que el ingreso a la Carrera Judicial se debía llevar a cabo mediante concurso de oposición, siendo necesario que el postulante cumpliera con los requerimientos allí establecidos.

Adicionalmente, el legislador previó la necesidad de crear una institución para la preparación de jueces y funcionarios tribunalicios. La Ley de Carrera Judicial, reformada en 1998, instauró la Escuela de la Judicatura. En su análisis exegético de la norma, Vilera (2009) señala:

Para contribuir en la búsqueda y selección del más apto se había creado la Escuela de la Judicatura que tendría como tarea fundamental la de “lograr la mejor capacitación teórica y práctica tanto de los aspirantes a ingresar a la carrera judicial como la de los jueces en ejercicio de sus funciones” (artículo 68 de la Ley de Carrera Judicial, **artículo 48 de la ley de carrera judicial de 1998**). Para alcanzar estos objetivos la Escuela de la Judicatura debería organizar y ejecutar los cursos correspondientes, pues, como ya quedó dicho, por norma expresa (artículo 14 Ley de Carrera Judicial, **modificado por la ley de 1998, parte de su contenido integra el artículo 10 de esta norma**) se dejó establecida la aprobación de dichos cursos como requisito para el ingreso a la carrera judicial (p. 20).

Sin embargo, la Escuela de la Judicatura nunca, ni siquiera en sus primeros años, cumplió el rol que el legislador tenía previsto para ella, ya que ninguno de los cientos de egresados de esta institución fue llamado a ingresar al Poder Judicial (Quijada, 1998).

.....  
59 Este artículo dispone condiciones curriculares y éticas mínimas indispensables para ingresar a la Carrera Judicial. En este sentido, básicamente se necesita la aprobación de un concurso de oposición, con la mayor calificación y que el candidato sea declarado apto psicológicamente. A estas condiciones concurren asimismo otras de tipo ético (conducta intachable), sumadas a: ser mayor de veinticinco años de edad, no estar inhabilitado políticamente y tener una experiencia profesional comprobada de tres años como mínimo, o tener como equivalente postgrado en materia jurídica.

La misma normativa regula integralmente el ingreso a la Carrera, basada en el escalafón judicial. De esta manera, se presentan varias categorías, ingresando primero con la que corresponde a la “C”. También pueden ingresar y ser admitidos a concurso en las categorías “A” y “B” aquellos aspirantes, mayores de treinta años, distinguidos en su especialidad jurídica, que sean autores de trabajos jurídicos valiosos o profesores universitarios de reconocida trayectoria, tanto abogados con una experiencia forense comprobada de diez años, como funcionarios públicos -defensores o fiscales del Ministerio Público- con no menos de seis años de servicio.

El artículo 18 de la Ley de Carrera Judicial estableció una normativa basada en la meritocracia, en el sentido de que el Consejo de la Judicatura debía designar como juez titular del tribunal al participante que obtuviera la mayor calificación en el concurso de oposición. Lo anterior, dentro de la escala de puntuación comprendida entre un mínimo de las tres cuartas partes del total de puntos establecidos para el concurso. Así mismo, los aspirantes que hubieran obtenido el segundo y tercer puesto en la mencionada escala de puntuación, debían ser designados, respectivamente, como primer y segundo suplente del titular.

En dicha ley se precisó que el Consejo de la Judicatura, por necesidades del servicio, asignase dichos suplentes a cualquier tribunal de la misma categoría y especialidad de aquel para el que concursaban los aspirantes. De igual manera, el concurso de oposición podía ser declarado desierto si los concursantes obtenían calificaciones inferiores al mínimo de las tres cuartas partes del total de puntos establecidos. Ello se previó en aras de garantizar que los jueces del país fuesen personas altamente calificadas, en virtud de la trascendencia de la función que debían realizar<sup>60</sup>.

De la misma manera, el artículo 21 de la Ley analizada dispuso que la provisión de los cargos vacantes y de los que se creasen conforme a la Ley, tenían preferencia en función de un orden de prelación basado en la Carrera Judicial.

Se puntualizó, además, todo un sistema basado en la meritocracia, de manera tal que los jueces, por concurso, ascenderían en el escalafón, hasta la categoría inmediatamente superior, según méritos alcanzados, el tiempo de servicio que tuviesen en la categoría previa y la aprobación de los exámenes selectivos organizados por el Consejo de la Judicatura. Los jueces que no hubiesen aprobado, no podían ascender.

En cuanto a los ascensos en la Carrera, se harían previa calificación de méritos de los jueces de la misma categoría. La evaluación se dispondría en un lapso

60 Asimismo, la referida norma dispone que los suplentes designados deben llenar las faltas temporales y accidentales del juez titular. Empero, cuando por cualquier motivo no sea posible la designación de suplentes con arreglo a lo previsto en el artículo 18 de la Ley de Carrera Judicial, el Consejo de la Judicatura debe proveer el cargo a un abogado que reúna las condiciones exigidas en el artículo 10 *eiusdem*. Si no lo hubiere, entonces este puede corresponder a personas idóneas conforme a la ley. Los suplentes tienen su función hasta que tome posesión el nuevo titular designado mediante concurso, lo cual debe realizarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la vacante. El juez suplente puede participar en él. Debe hacerse la salvedad de que para la provisión de los cargos de juez titular y de suplentes de la Jurisdicción Penal se prefiere, en igualdad de circunstancias, a aquellos concursantes que sean defensores públicos o fiscales del Ministerio Público, con más de cinco años de ejercicio en la función correspondiente.

no mayor de sesenta días continuos, a partir de la fecha en que se produjera la vacante o se creara el nuevo cargo. La convocatoria a las pruebas selectivas para la promoción a una categoría superior se haría por el Consejo de la Judicatura, cada vez que existieran cargos vacantes o se crearan otros nuevos.

Es importante indicar que, conforme lo establecía el artículo 31 de la Ley de Carrera Judicial, el rendimiento de los jueces era evaluado, periódicamente, por el Consejo de la Judicatura. Y, para ello, dicho organismo debía tomar en consideración diferentes elementos o variables, entre los que se encontraban criterios cuantitativos y cualitativos. Entre los primeros, estaban: el número de sentencias definitivas o interlocutorias, de casos resueltos y en tramitación, de procesos paralizados y sus causas, de sentencias dictadas, definitivas o interlocutorias y de audiencias o días de despacho por mes. Entre los segundos, estaban: la ausencia de sanciones y la emanación de sentencias en el plazo o término legal.

Por consiguiente, si al realizarse la evaluación anual el rendimiento del juez no era satisfactorio, el Consejo de la Judicatura debía proceder de inmediato a separarlo de la Carrera Judicial y a convocar el correspondiente concurso de oposición. La excepción a esto se daba si existían causas que justificaran claramente las razones o los hechos que hubiesen podido motivar el bajo rendimiento del funcionario.

Por otra parte, la Ley en cuestión señalaba que los concursos debían ser públicos y que su notificación debía hacerse, por lo menos, con diez días de anticipación a la fecha fijada para su celebración, en un diario de circulación regional, indicando el día, la hora y el lugar donde se habría de realizar. El concurso constaba de tres pruebas: una de credenciales y de méritos; una escrita, de carácter práctico; y una oral, de carácter teórico.

El Consejo de la Judicatura, en caso de que el concurso resultara desierto, debía convocar a uno nuevo. Si esto ocurría por segunda vez, procedía a la provisión del cargo a un juez interino, que reuniera las condiciones exigidas en el artículo 10 de la ley en cuestión, hasta que la designación se pudiera realizar a través de otro concurso, el cual debía ser convocado en un lapso no mayor a seis meses.

## El actual sistema de nominación de jueces en Venezuela, en la Constitución de 1999

A pesar de lo analizado en el apartado anterior, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en el *Título V. De la Organización del Poder Público Nacional, Capítulo III. Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia*, y en correspondencia con la Ley de Carrera Judicial, establece expresamente que el ingreso y el ascenso de los jueces en dicha carrera debe ser mediante concursos de oposición públicos. Esto, de conformidad con lo pautado en el artículo 255 del texto constitucional, norma clave para el régimen del Poder Judicial<sup>61</sup>.

Así, se introduce en la Constitución venezolana la figura de la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de jueces, específicamente en el artículo 253, en el que se prevé que “la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley”. De la misma manera, en el artículo 261, se señala que los jueces de la jurisdicción penal militar forman parte integrante del Poder Judicial, por lo que también deben ser seleccionados a través de concurso. Ahora bien, la Constitución no señala los requisitos para ser juez. Estos, como se indicó en líneas anteriores, se encuentran previstos en el artículo 10 de la Ley de Carrera Judicial de 1998.

Más allá de las reformas realizadas a la Constitución Nacional, el Poder Judicial, en el nuevo milenio, se encuentra en una posición no muy diferente a la

61 De acuerdo al artículo 255, el ingreso a la carrera judicial, y el ascenso de los jueces o juezas, debe hacerse **por concursos de oposición públicos**, que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes, quienes serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. En este sentido, el nombramiento y juramento de los jueces corresponde al Máximo Tribunal de Justicia. Seguidamente, corresponde a la ley desarrollar los postulados o principios para la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces.

Con esta norma se han querido garantizar los derechos de participación ciudadana, dentro del paradigma del modelo de la democracia participativa y protagónica, de la Constitución de 1999. Asimismo, se garantiza la carrera y la estabilidad judicial, cuando se decreta que los jueces solo pueden ser removidos(as) o suspendidos(as) de sus cargos mediante los procedimientos disciplinarios expresamente previstos en la ley. Seguidamente, se garantiza la Carrera Judicial, al indicarse que la ley debe propender a la profesionalización de los jueces, cuestión en la que deben colaborar las universidades, abriendo en la carrera jurídica los ámbitos de la especialización judicial.

Por otra parte, la responsabilidad personal del juez, por actuaciones culposas, es una innovación jurídica, derivada de la normativa constitucional, donde se establece la justicia como servicio público. En este sentido, los jueces son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisión injustificada; por la inobservancia sustancial de las normas procesales; por denegación y parcialidad; y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

que había tenido en décadas previas, y por la que fue considerado como “corrupto, ineficiente, poco confiable, clasista, parcializado, remoto y mediatizado por presiones de todo tipo” (Roche, Richter & Pérez, 2002, p. 209).

Pese a la vigencia de la Ley de Carrera Judicial, la cual no ha sido derogada – como exige el artículo 218 de la Constitución Nacional –, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 17 de la Ley Orgánica, en concordancia con la Resolución N° 2004-0012 del 18 de octubre de 2004, dicta las *Normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la carrera judicial*<sup>62</sup>.

Dentro de este marco jurídico, el Tribunal Supremo de Justicia establece que las referidas normas tienen por objeto la regulación de la Carrera Judicial (ingreso, ascenso y permanencia), mediante los concursos públicos de oposición y las evaluaciones de desempeño, de conformidad con el artículo 255 de la Constitución venezolana. Esto, sin perjuicio de las regulaciones que a tal efecto dicta la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y de los instrumentos que sirven para la evaluación y capacitación de los demás servidores del Poder Judicial.

De esto se desprende todo un sistema administrativo de planificación de la Carrera Judicial, bajo la égida de la Escuela Nacional de la Magistratura, la cual debe planear, supervisar y ejecutar todas las actividades relativas a los concursos públicos de oposición, así como las relativas a la evaluación de los jueces y demás servidores del Poder Judicial. En este contexto, la Escuela debe llevar un expediente de cada juez o aspirante a la Carrera Judicial, que contenga sus datos personales y toda aquella información que permita evaluar su rendimiento y conducta.

Asimismo, en el artículo 3 de las Normas se establece que para la conformación del expediente, la Escuela Nacional de la Magistratura debe racionalizar sus sistemas y métodos de trabajo, mediante la adopción de medidas y procedimientos más idóneos, para lo que podría requerir la información de cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, sin perjuicio de que el interesado aporte al expediente los documentos requeridos.

El ingreso a la Carrera Judicial solo puede efectuarse por concurso público, fundamentado en los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. Este incluye la aprobación de los programas de formación inicial, la evaluación médica y psicológica y el examen de conocimientos.

62 Publicadas en Gaceta Oficial, N° 38.282, 28 de septiembre de 2005.

Por su parte, el ascenso está sometido a métodos basados en el sistema de méritos, antigüedad y cargo vacante. Se puntualiza que el Tribunal Supremo de Justicia, por órgano de la Escuela Nacional de la Magistratura, con el objetivo de garantizar la debida difusión, llama a concurso mediante avisos publicados en dos de los diarios de mayor circulación nacional, en uno de circulación regional, según sea el caso, y en la página web del Tribunal<sup>63</sup>.

A fin de que esto sea del conocimiento de los interesados, así como de que se pueda garantizar el control social a través de la participación ciudadana, la Escuela Nacional debe publicar oportunamente, en diversos mecanismos de información, las actividades relacionadas con la celebración del Concurso Público, tales como la preinscripción, admisión e inscripción en los programas desarrollados por la misma. Además, debe hacer un listado nacional de los jurados con el lugar, la fecha y la hora de celebración del examen de conocimientos.

Como consecuencia de lo anterior, las *Normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la Carrera Judicial*<sup>64</sup>, han sustituido la antigua Ley de Carrera Judicial. Sin embargo, en esta última se ha mantenido el concurso de oposición para optar por el cargo de juez en la República Bolivariana de Venezuela.

Precisamente, en las *Normas de evaluación y concurso* se pueden observar ciertas innovaciones. Entre ellas hay una que se refiere específicamente a la notificación del concurso. Esta ya no se debe realizar con diez días, por lo menos, de anticipación a la fecha fijada para su celebración, en un diario de circulación regional, indicando el día, la hora y el lugar donde se ha de realizar el evento. En cambio, ahora esto debe hacerse mediante avisos publicados en dos de los diarios de mayor circulación nacional, en uno de circulación regional (según sea el caso), y en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

De este modelo de selección de jueces se concluye que la intencionalidad del Tribunal Supremo de Justicia es, aparentemente, garantizar la participación ciudadana establecida constitucionalmente. Asimismo, en este se incluye un nuevo requisito formal para optar al cargo de juez, que es la aprobación de los programas de formación inicial.

63 En este aviso se indican los requisitos y lapsos para las inscripciones, la o las categorías y circunscripciones para las cuales se concursa, el número de plazas disponibles, los programas y cualquier otra información que se considere conveniente.

64 Publicadas en Gaceta Oficial N° 38.282, el 28 de septiembre de 2005, y dictadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

Por otro lado, y siguiendo la línea de argumentación del presente estudio, se han ampliado los requisitos para el ingreso a la carrera judicial. Entre otros aspectos, en la norma precedentemente citada se incluye como requisito, y consecuente obligación, por parte de quien aspira al cargo de juez, que se abstenga expresamente de realizar activismo político, partidista, sindical o gremial, así como que no esté afiliado a partidos políticos al tomar posesión del cargo. Esta norma, cabe decir, ha sido de larga trayectoria en la tradición democrática republicana, sin embargo, ha sido solapada por la manera en la que, en años recientes, se ha dado realmente la práctica de elegir los jueces.

En ese orden de ideas, también se ha actualizado el escalafón judicial para el ascenso de los jueces, el cual se encontraba desfasado de una real repartición de los tribunales en el país. En tal sentido, se ha determinado que dicho escalafón debe comprender tres categorías: la “C”, conformada por los Tribunales o Juzgados del Municipio; la “B”, en la que están los Tribunales o Juzgados de Primera Instancia; y la “A”, de la cual hacen parte los Juzgados Superiores o Cortes de Apelaciones.

De esta manera, se constata que en las *Normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la Carrera Judicial* del 2005, se toma en consideración el cargo por el que se pretende optar. Así, dada la distribución de la competencia de cada juzgado de manera jerárquica, son mayores los requisitos a cumplir para los jueces de rangos superiores. También se explica, de forma detallada, cada trámite a cumplir para tales efectos, así como el procedimiento respectivo.

Otro aspecto de gran importancia, previsto en las aludidas normas, son las disposiciones transitorias, en las cuales se determina la regularización de la titularidad de los jueces provisorios. Dentro de este marco se precisa, en el artículo 46<sup>65</sup>,

65 En el artículo 46 de las *Normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la Carrera Judicial*, se establece:

A los efectos de regular la situación de los Jueces no titulares, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 6 de abril de 2005, aprobó el proyecto de normas presentado por la Escuela Nacional de la Magistratura, que incluye el Programa Especial para la Regularización de la Titularidad (PET); conformado por un Programa Académico de Capacitación, evaluación médica y psicológica, evaluación de desempeño, y el correspondiente examen de conocimiento, todo de acuerdo con lo previsto en la presente normativa. El referido programa tendrá una vigencia de doce meses contados a partir de la aprobación por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de las presentes normas. En este caso, aquellos jueces que, para la fecha en que cese la vigencia de dicho Programa, mantengan la condición de Provisorios, Temporales o Accidentales, y no tengan al menos tres (3) meses en el ejercicio de sus funciones judiciales, deberán participar y aprobar el Programa de Formación Inicial (PFI) para obtener la titularidad (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Plena, 2005).

que la Escuela Nacional de la Magistratura debe convocar a concurso solo a aquellos jueces no titulares que, para la fecha de inicio del Programa Académico de Capacitación, tengan al menos tres meses en el ejercicio de la función judicial.

Con posterioridad al cumplimiento del Programa Especial para la Regularización de la Titularidad (PET), la Escuela Nacional debe convocar al Concurso por Ascenso. Con el objeto de regular esta situación, se establece la obligación, para los jueces provisorios, de realizar el Programa Académico de Capacitación y presentar las pruebas respectivas.

Asimismo, se establece el procedimiento para optar a la titularidad, indicando las pruebas que se han de realizar a los jueces, la puntuación que estos deben obtener a fin de ganar el concurso y los aspectos que se estiman en caso de que dos o más concursantes tengan la misma puntuación. Además, se precisa la manera en la que se debe constituir el jurado, así como la necesidad de publicar una lista, en los diarios de mayor circulación nacional y/o regional –además de la página web del Tribunal Supremo de Justicia de la Escuela Nacional de la Magistratura–, con los nombres de quienes hacen parte del mismo, a fin de que la comunidad formule sus observaciones.

Por otro lado, se especifica que, a efecto de la obtención de la titularidad, se debe examinar el desempeño del juez provisorio, con el propósito de apreciar su rendimiento en las labores judiciales, su actitud y comportamiento personal, y demás cualidades requeridas para el buen ejercicio de la función pública judicial. Al mismo tiempo, se precisa que la evaluación del rendimiento del juez y de los factores indicados se efectúe mediante métodos estadísticos, inspección del tribunal, revisión del expediente personal, examen médico y auditoría de cuentas, según estos resulten apropiados a la naturaleza de cada factor.

### **Crisis del sistema judicial venezolano**

El Tribunal Supremo de Justicia se ha percatado de la crisis existente en el sistema judicial venezolano, donde desde hace más de diez años la mayoría de los jueces han sido provisorios, siendo pocos los titulares escogidos por concurso público. Sin embargo, la Sala Plena del Tribunal, para tener el control y monopolio



•El sistema de nominación del poder judicial y su influencia en el sistema político•

de los funcionarios judiciales, dicta las *Nuevas normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la Carrera Judicial*<sup>66</sup>.

En ellas se puntualiza que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, por órgano de su Comisión Judicial, debe ejercer la Rectoría en materia de función judicial. Es importante destacar que la figura de dicha Comisión es extraña a la Constitución de 1999. Al respecto, Pérez Perdomo (2006) expresa:

La Constitución (Artículo 267) previó la existencia de un órgano semi autónomo dentro del Tribunal Supremo denominado Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Previo también la existencia de una jurisdicción disciplinaria judicial. En la práctica el Tribunal Supremo estableció un grupo de Magistrados, no previsto en la Constitución, denominada la Comisión Judicial, a la cual subordinó completamente la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. En resumen, son los Magistrados que integran la Comisión Judicial quienes tienen un control completo sobre los Jueces (p. 18).

Es decir, a la Comisión Judicial, como órgano competente del Tribunal Supremo de Justicia, hoy le corresponde regular el ingreso, ascenso y permanencia en la Carrera Judicial, mediante los concursos públicos de oposición y las evaluaciones de desempeño. En las normas se mantiene *in examine* el ingreso mediante concursos de oposición públicos y se instituye, al menos nominalmente, que los jueces de la República gozan de estabilidad en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, estos pueden ser suspendidos o destituidos de sus cargos por las causales legalmente establecidas y por los procedimientos previstos en el Código de Ética del Juez Venezolano<sup>67</sup>.

66 Publicadas en Gaceta Oficial N° 40.972, el 23 de septiembre de 2016, siendo derogadas, en consecuencia, las *Normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la Carrera Judicial*, publicadas en Gaceta Oficial N° 38.282, el 28 de septiembre de 2005.

67 En el artículo 9 se señalan las diversas fases en las que se debe desarrollar el concurso de oposición, básicamente a través de una convocatoria pública, a cargo de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el portal web Gaceta Oficial y un diario de circulación nacional. Esto, con la presentación, por parte de los aspirantes, de la solicitud de inscripción y de los requisitos establecidos legamente, con la designación del jurado evaluador. Seguidamente, se realiza la evaluación de elegibles, la notificación de los seleccionados, la entrega del temario y, finalmente, la presentación de un conjunto de pruebas de conocimiento y aptitudes, entre las que está la psicológica, la psicotécnica y la médica general. Una vez realizada la evaluación del jurado y la publicación del listado de los seleccionados como jueces para el período de prueba, viene una fase de participación popular e impugnación, así como un tiempo de observación y un curso del programa de formación, con la notificación del nombramiento como jueces titulares y su juramentación.

Se precisa, además, que la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia debe llevar un expediente de cada participante y llamar a concurso público por circunscripción judicial y por materia. En la convocatoria se indican los cargos vacantes, el circuito judicial del cual forma parte, los requisitos a consignar, los lapsos correspondientes a cada fase, el lugar para las inscripciones y cualquier otra información importante.

Se determina también, como propuesta de la Comisión Judicial, que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es la encargada de conformar una lista nacional de jurados principales y suplentes para la evaluación de los respectivos concursos de oposición públicos. No obstante, la Sala Plena, por órgano de la Comisión Judicial y por motivos justificados, puede modificar dicha lista.

El jurado para cada concurso debe estar conformado por cinco miembros principales, con sus suplentes, de la siguiente manera: por una parte, dos magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, uno de los cuales es designado por la Sala Plena y otro que es escogido de la Lista Nacional de Jurados; por otra parte, un profesor de un órgano oficial de formación judicial, designado por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia; y, finalmente, un miembro del Poder Popular, escogido por la Sala Plena. Los miembros suplentes deben ser elegidos de la misma forma que los principales.

También se indica que los miembros del jurado deben mantener la confidencialidad de las opiniones emitidas en las reuniones, al igual que existe la posibilidad de que estos sean recusados en caso de encontrarse inmersos en alguna de las causales previstas en el artículo 18 de las *Normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la Carrera Judicial*.

En el artículo 26 de dichas normas se establece que la evaluación del jurado tiene que realizarse en dos etapas: la primera, es la referida a la evaluación de conocimiento, a través de preguntas formuladas por el jurado (de manera escrita y verbal), en relación con la materia objeto del concurso; y la segunda, es la referida a la evaluación de política judicial, entre otros temas.

Una vez concluidas las evaluaciones, el jurado celebra una reunión final en la que se determina la manera en que deben ser cubiertas las vacantes, conforme a la puntuación obtenida por cada participante. Después de esto, se procede a publicar la lista con los nombres de los designados como jueces, quienes están sometidos a un período de prueba de seis meses. Finalmente, luego de superado

ese lapso en el que estos son considerados como jueces provisorios, adquieren la titularidad definitiva.

La juramentación de los jueces se hace ante la Sala Plena, la cual delega sus funciones en los distintos circuitos judiciales. De igual manera, su ascenso se realiza mediante concursos de oposición pública, y se señalan las fases del concurso y los requisitos que deben cumplir para ello.

Además de las severas críticas al poder excesivo de la Comisión Judicial, también se señala que,

entre los principios que deben regir los concursos de oposición de acuerdo con el artículo 6, nos encontramos con el de igualdad de trato “sin privilegios de ninguna clase”, lo que no se cumple al establecer la Disposición Transitoria Primera que se hará “Concurso de Oposición Público a ser convocado de inmediato para los jueces y juezas activos”. Con ello se privilegia a un grupo de personas que no se sometieron para su nombramiento a requisitos ni a procedimientos previos, excluyendo a otros ciudadanos que podrían tener mayores cualidades para el ejercicio de la magistratura. En el mismo sentido, se viola el principio de igualdad ante la ley cuando se prohíbe que personas que hayan participado en agrupaciones o asociaciones que hayan recibido fondos de empresas nacionales participen como jurados, lo que no ocurre si esas agrupaciones reciben fondos del Estado (Observatorio Venezolano de Justicia, 2016, p. 1 )

La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia ha aprobado las normas que regulan y organizan el ingreso, ascenso y permanencia en la carrera de los jueces de la República Bolivariana de Venezuela, mediante los concursos de oposición públicos y las evaluaciones de desempeño, al tiempo que ha dispuesto un proceso específico de concurso para la regularización de aquellos jueces provisorios o no titulares. Si bien esto es cierto, no debe olvidarse que para ello deben seguirse los cronogramas y las bases de las convocatorias que ha de conocer la Comisión Judicial del Máximo Tribunal.

En este orden de ideas, es forzoso señalar que la realización de los concursos de oposición depende de que se dicten normas sobre el tema, puesto que ya en el 2005<sup>68</sup> se prescribieron ciertos lineamientos que no fueron ejecutados. Por consiguiente, nada asegura el cumplimiento de las nuevas *Normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la Carrera Judicial*.

68 Ver Gaceta Oficial N° 38.282, 28 de septiembre de 2005.

En este tenor, resulta ineludible indicar que en Venezuela la mayor parte de los jueces tienen el carácter de provisorios, pues desde hace más de doce años no se realizan concursos públicos de oposición, a pesar de que en la Ley de Carrera Judicial se establece esta modalidad como la idónea para ingresar al sistema judicial. A lo anterior debe adicionarse que, hasta ahora, los nombramientos de jueces provisorios son totalmente discrecionales por parte de la Comisión Judicial, sin el previo cumplimiento de los requisitos señalados con anterioridad y sin el correspondiente proceso de selección.

La ONG *Human Rights Watch* (2014) se ha referido a los jueces provisorios en Venezuela como jueces “desechables” a quienes se les ha negado la estabilidad laboral, una de las salvaguardas fundamentales de la majestad e independencia judicial. Esto quiere decir que con la misma facilidad con la que son nombrados pueden ser destituidos discrecionalmente, sin que se expresen las razones de tal decisión. Ello vulnera el principio de la Carrera Judicial e impide el cumplimiento de los estándares internacionales exigidos para la función judicial (estabilidad en el cargo, procedimiento previo para ser destituido o suspendido, etc.). De esta manera, se infringe el artículo 5 de las *Normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la Carrera Judicial* y demás leyes de la República, lo cual se traduce en falta de independencia y autonomía administrativa y funcional.

### **Críticas al modelo basado en la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, no previsto en la Constitución de 1999**

Anteriormente se ha afirmado que el modelo *ad hoc* que rige el gobierno judicial en Venezuela está basado en una Comisión Judicial, creada en las *Normas* de 2005 y ratificada en las *Normas* de 2016. Sin embargo, han sido múltiples las críticas realizadas a los intentos, por parte del Tribunal, de instaurar en la práctica un régimen de gobierno judicial, apegado a estas últimas *Normas*. Entre dichas críticas pueden mencionarse las siguientes:

1. Las normas no establecen la obligación de que el Tribunal Supremo realice un cronograma o planificación que permita saber cuánto tardará en cumplir con su deber de establecer un Poder Judicial, con el cien por ciento de los jueces nombrados mediante concursos de oposición.

2. Las normas otorgan a la Comisión Judicial un poder exorbitante y discrecional, al punto que le permiten cambiar decisiones del órgano que la designa, es decir, de la Sala Plena, lo cual viola el principio de jerarquía.
3. A pesar de que uno de los requisitos para ser juez es no realizar activismo político, entre los jurados está un representante del poder popular, que por definición está comprometido con el proyecto ideológico partidario del socialismo del siglo XXI en Venezuela. De acuerdo a la ley que lo regula, este tiene como finalidad “construir las bases de la sociedad socialista” (art. 7), lo que pone en evidencia otra grave contradicción respecto a los principios de imparcialidad e independencia previstos en la Constitución.
4. Las normas no establecen un plazo máximo de duración de los concursos, ni tampoco los lapsos para el cumplimiento de cada una de sus fases, pues se dejan al arbitrio de la Comisión Judicial.
5. Las normas afirman que los concursos se rigen por la igualdad de trato ante la ley, pero este principio se viola al permitir que la Comisión Judicial establezca concursos de oposición solo para los jueces provisionales.
6. Se mantiene la potestad de la Comisión Judicial de nombrar jueces provisorios, con independencia de la realización de los concursos de oposición, con lo que se mantiene el nombramiento discrecional de jueces sin procedimiento, requisitos previos, ni estabilidad alguna.

Puede afirmarse que es inevitable que haya jueces provisorios, puesto que pueden ocurrir faltas absolutas de dichos funcionarios, quienes no pueden ser sustituidos rápidamente mediante un concurso de oposición. Sin embargo, no debe olvidarse que en las normas aludidas se establecen diversas posibilidades frente a dicha situación, entre ellas, que se puedan designar a los suplentes de acuerdo con los resultados de los concursos o que se siga el escalafón de los que no quedaron en el mismo, mientras se llama al siguiente concurso. En consecuencia, es falso que la única manera de equilibrar la precariedad de los jueces temporales sea mediante un nombramiento sin procedimiento ni requisitos por parte de la Comisión Judicial.

En la práctica, según afirma Duque Corredor (2005), la Comisión ha pasado a convertirse en el instrumento del poder político, o del gobierno de turno, para ejercer presión e influencia sobre los jueces, dado que esta no solo puede

nombrar a los provisorios, sino que también puede destituirlos. Esto implica que tales jueces carecen de estabilidad, requisito imprescindible para la independencia judicial.

Siguiendo la argumentación y crítica sobre la referida normativa, se tiene que:

1. Las normas establecen un complejo proceso en fases, sin estipularse lapsos para ninguna de ellas, de modo que esto queda a discreción de la Comisión.
2. Respecto a la evaluación, no se establece un baremo previo que determine las reglas y valores de la misma, es decir, que permita calificar a los que aplican al concurso. Sin embargo, el único que aparece es el que debe ser aplicado con fines de generar el listado de seleccionados para participar en el mismo.
3. Una vez el jurado toma la decisión, la Comisión Judicial debe publicar la lista de los seleccionados (art. 28) y, a partir de ello, “se ejercerá control social” (art. 29) mediante la consignación de observaciones y objeciones, así como de los soportes que las sustentan, para su verificación por parte de la misma Comisión. Este aspecto debe destacarse, ya que las normas no regulan cómo deben conducirse esas observaciones y objeciones.

Por tales motivos, se puede llegar a la conclusión de que hay una profunda afectación a los baluartes del Poder Judicial en Venezuela. Por un lado, a la independencia de su sistema judicial, dado el carácter provisional de los jueces, los cuales pueden ser destituidos sin justificación o procedimiento alguno. De igual manera, y más recientemente, debido a su alineación política al partido de gobierno (Partido Socialista Unido de Venezuela PSUV y al chavismo-madurismo), se ha visto comprometida su imparcialidad, al igual que su independencia, ante las decisiones del poder que debe controlar.

Por lo tanto, en la actualidad se designa a los jueces provisorios sin el previo cumplimiento de los requisitos de ley, cuestión que impide garantizar la imparcialidad que debe existir entre los Poderes Públicos, así como materializar los principios y garantías constitucionales, tales como la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la igualdad entre las partes y la seguridad jurídica. De igual manera, paraliza la calificación de los funcionarios para desempeñar tan loable labor.

En ese orden de ideas, los procesos judiciales y las sentencias con las cuales se pone fin a los mismos, pueden estar (como de hecho lo están en la práctica judicial) marcados por parcialismos políticos o de cualquier otra índole (económicos, sociales, entre otros), especialmente en aquellos casos donde el Estado o los funcionarios del gobierno se hayan visto involucrados<sup>69</sup>.

Esta situación de provisionalidad, que incluso podría definirse como precariedad de los jueces venezolanos, ha sido la regla constante durante los gobiernos de Hugo Chávez (1999-2000, 2001-2006, 2007-2013) y de su sucesor Nicolás Maduro (2013-2019). El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su Informe de 2017, indica que la gran mayoría de los jueces venezolanos no son titulares, que pueden ser removidos discrecionalmente por el Ejecutivo y que su nombramiento se produce al margen de lo que establecen las leyes de la República (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017).

Solucionar esta situación no solo debe implicar el cumplimiento de la normativa existente en lo relativo al nombramiento de jueces, sino que hace necesaria la reforma del sistema actual, cuyas características, así como las amplias facultades de sus integrantes (particularmente de la Comisión Judicial en el nombramiento de jueces provisorios), están en directa oposición con el texto constitucional y con los principios universalmente reconocidos de la actividad judicial: la autonomía y la independencia.

En relación con ambos principios, la doctrina más destacada sostiene que estos son interdependientes y complementarios. En palabras de Rondón de Sansó (1996),

autonomía alude asimismo, a la libertad de actuación del órgano; que se refuerza con la independencia, que es la no sujeción a ningún otro. La autonomía está dada en el texto como sinónimo de libertad del titular del cargo para determinar el contenido de sus actos y el alcance de ellos en cada caso específico, y en obediencia de la ley. Independencia, por parte, tiene el significado de la inexistencia de influencias y controles sobre sus decisiones (p. 111).

69 Por ejemplo, el caso contra el diario El Nacional, cuya sentencia fue dictada por la Sala de Casación Civil. Ver: <http://www.ntn24.com/americ-latina/venezuela/tribunal-ordena-el-nacional-pagar-diosdado-cabello-por-dano-moral-90208>.

Es indudable que, en el marco de la actual praxis inconstitucional de nombramiento de jueces, la actividad judicial está siempre sometida al control político y a los intereses de los grupos hegemónicos en el poder. Como señala Germán Silva (2009),

la naturaleza de la estructura organizativa de la administración de justicia es un aspecto macrosocial. Y si conforme a dicha estructura orgánica los jueces carecen de independencia interna o ella se encuentra amenazada, esto repercutirá sobre las prácticas de los operadores judiciales quienes, probablemente, sentirán al momento de tomar sus decisiones las presiones (p. 76).

Entonces, como se puede ver, a pesar de todas las reformas que han tenido lugar, la situación del poder judicial en Venezuela es aún más crítica que en las décadas anteriores. Algunos sectores atribuyen esto a que los mecanismos que han sido adoptados por el Estado se han dirigido a eliminar la independencia del poder judicial y a instaurar un régimen autoritario (Pérez Perdomo, 2004).

Finalmente, surge la cuestión de la legitimidad en la elección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, órgano superior del Poder Judicial, que no solo representa la más alta instancia, sino que, en su Sala Constitucional, ejerce las funciones de control e interpretación máxima de los principios supremos de la Carta Magna. Como sostiene Brewer-Carías (2005a),

bajo este ángulo, la cuestión de la legitimidad de la escogencia y designación de los jueces de la Corte Suprema, por tanto, se plantea desde el punto de vista teleológico, con el objeto de analizar los diversos métodos a fin de determinar en qué forma y con qué efectividad, desde su origen, los mismos sirven para garantizar que los jueces, al impartir justicia, sean independientes de los demás poderes del Estado y además, autónomos en el sentido de que decidan con sujeción sólo y estricta a la ley, libres de presiones o intereses políticos (p.1).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece, en sus artículos 262, 263 y 270, los requisitos para la designación y ejercicio de los magistrados. Sobre el caso de los educadores universitarios que opten por dicho cargo, la categoría de profesor titular hace pensar, en principio, que tal término ha de entenderse según lo dicho en la Ley de Universidades, instrumento que instaura las categorías docentes<sup>70</sup>.

70 En el momento de la promulgación de la Constitución de 1999, estaba vigente la Ley de Universidades de 1970, la cual establecía las categorías docentes de: instructores, asistentes, agregados, asociados y titulares. El tiempo



No obstante, con ocasión de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, el cual intenta la Defensora del Pueblo contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios o Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal, en la Sentencia No. 1562 del 12 de diciembre de 2000, analiza el artículo 263 de la Carta Magna y establece:

La categoría de profesor titular no podría entenderse en el sentido de un grado dentro de la jerarquía de una carrera, ya que la norma para nada se refiere a la carrera universitaria, y a la necesidad de ser profesor a tiempo completo dentro de ella, que es la que permite acceder a los grados superiores; y además, quien ingresa a una universidad como instructor difícilmente puede llegar a la más alta jerarquía en un lapso de quince años. De allí que la categoría de titular tiene que ser entendida como la condición de una persona respecto de las demás (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, S-1562, 2000).

Esta aclaración cambia el sentido originalmente establecido por el constituyente. Además, es imprecisa, puesto que afirma que se requiere ser profesor universitario a tiempo completo para alcanzar la categoría de titular (exigencia no establecida por la ley) o que difícilmente se puede ascender a la misma en determinado tiempo, cuando la ley sí contempla tal posibilidad.

Por tanto, a la luz de la nueva sentencia, se identifica a un profesor titular con un profesor ordinario, lo que representa una “entronización de la mediocridad y el abandono de la excelencia universitaria” (Brewer-Carías, 2005b, p. 78), al igual que el desconocimiento de la Constitución. Es importante recordar que la exigencia de los más altos estándares de profesionalidad, trayectoria y preparación, debe aplicarse a todos los jueces de la República, para salvaguardar la majestad de la función judicial y para garantizar justicia de calidad a los ciudadanos, en el marco del ordenamiento jurídico democrático que caracteriza a Venezuela desde su Constitución.

En este sentido, Ávila y Ocando (2011), señalan:

La función judicial en un Estado Democrático debe ser la expresión más sublime para alcanzar la libertad y la justicia, por cuanto el poder judicial del Estado es el reflejo del nivel de una sociedad política organizada jurídicamente, que a través de

sus decisiones tienden a hacer valer la justicia y a proteger al hombre en la plenitud de sus derechos y garantías fundamentales; en ellas la libertad y la igualdad son pilares esenciales en el desarrollo integral de la persona humana... es ahí donde radica la justificación del Poder Judicial en la estructura del Estado y como parte del Poder Público Nacional... la eficacia del orden jurídico depende de la eficiencia y calidad ética o moral de los operadores de justicia encargados de interpretar y aplicar el derecho positivo vigente (p.102).

### **Análisis de los requerimientos para ser magistrado en Venezuela**

En el sentido de las líneas argumentales discutidas, se analizan los requisitos para ser magistrado en Venezuela, tal y como lo estipula la Constitución en sus artículos 264, 265 y 270.

Respecto a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia se exige, con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, que desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso de los cargos respectivos, no lleven a cabo, salvo en el ejercicio del voto, activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante. De igual manera, tampoco pueden realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con sus funciones, ni por sí mismos ni por personas interpuestas. Finalmente, no pueden ejercer ninguna otra función pública, a excepción de actividades educativas, e incluso, no pueden asociarse entre sí.

Ahora bien, es relevante mencionar que la designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, realizada a finales del 2015, así como las decisiones tomadas por este ente, han sido factor de gran importancia en el devenir de los acontecimientos en el ámbito político en los últimos años. En concreto, a finales del año mencionado, en el lapso correspondiente a la victoria opositora en las parlamentarias y a la entrada en funciones, en enero de 2016, de la nueva Asamblea Nacional, tuvo lugar un retiro anticipado de magistrados designados en el año 2004, generándose el inicio del proceso de sustitución de los mismos por parte de la Asamblea —con mayoría oficialista—, a la que le quedaban muy pocos días de vigencia.

Debido a esto, en su momento, dicho procedimiento contó con un nivel considerable de críticas, que han sido seguidas por menciones desfavorables al funcionamiento del Poder Judicial, en particular en lo que se refiere a la actuación del

Tribunal Supremo de Justicia. Estas han sido expresadas en informes oficiales por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro (2017).

Al respecto, cabe destacar que en el mencionado informe se señala que, mediante las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, la actividad legislativa de la Asamblea Nacional ha sido limitada. De hecho, se indica que existe colusión entre el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder Electoral, de tal forma que se generan cuestionamientos en torno a la aplicación efectiva del principio de separación de poderes.

Dada la importancia de estas actuaciones en el ámbito político, vale preguntarse por el soporte argumental, desde la perspectiva de la Teoría Política, de estas actuaciones del Poder Judicial, siendo pertinente revisar los aportes de autores como Downs y Olson. Por una parte, Downs (1957) caracteriza a los gobernantes como agentes que privilegian fundamentalmente su propio bienestar, lo que implica que su conducta tiene como propósito la captura y la permanencia en el poder. En este caso, la emisión de normas, tanto por el Poder Judicial como por el Poder Electoral, ha facilitado la obtención de dicho objetivo, por parte del actual equipo gobernante en Venezuela.

Por su parte, Olson (2014) plantea que los grupos que tienen acceso a incentivos selectivos, a diferencia de los que no disponen de ellos, actúan con mayor frecuencia de forma colectiva, para obtener bienes comunes. Asimismo, que la probabilidad de actuación de los grupos se incrementa en la medida en que es más reducido su tamaño, ya que esto facilita la negociación entre los actores que los conforman, para actuar de forma coordinada. En este caso, ello se verifica en la medida en que esa actuación ha permitido al actual gobierno en Venezuela permanecer en el poder, teniendo en cuenta que el número de quienes conforman las instancias máximas de decisión (los poderes Ejecutivo, Judicial y Electoral) está en el orden de las centenas de personas.

De igual forma, es menester destacar que esta falta de independencia de los poderes trae consecuencias negativas en el ámbito económico para Venezuela. En concreto, la limitación de las posibilidades de iniciativa legislativa de la Asamblea Nacional genera dificultades para tener acceso a los mercados financieros internacionales. Por otro lado, en el informe de la Secretaría General de la OEA, previamente mencionado, queda plasmado que Venezuela, en el Reporte Mundial de

Competitividad 2016-2017, publicado por el Foro Económico Mundial, ocupó el último lugar en el indicador de la independencia judicial, en una muestra de ciento treinta y ocho países analizados, lo que produce severos contratiempos para atraer inversiones al país.

En este sentido, cabe destacar que la Conferencia Episcopal Venezolana, en su exhortación pastoral elaborada a principios de 2015, planteó lo siguiente:

Venezuela necesita un nuevo espíritu emprendedor con audacia y creatividad. Es urgente estimular la laboriosidad y la producción dando seguridad jurídica y fomentando empresas eficientes, tanto públicas como privadas. Pero también es necesario observar una conducta ética, recta y honesta (Conferencia Episcopal Venezolana, 2015, p. 2).

Dicho de otro modo, es esencial resaltar que una condición necesaria para la implementación de una propuesta de política económica alternativa, parte de la existencia de independencia judicial. Esto facilita la atracción de inversiones y el inicio de un círculo virtuoso que implica crecientes niveles de producción, recaudación de impuestos y disponibilidad de recursos para atender ámbitos esenciales en la vida de la sociedad, tales como la salud, la educación y la seguridad. Como plantea el artículo 112 de la Constitución (Machado, 2015), es necesario armonizar el ejercicio de la libertad económica con el desarrollo integral del país.

En resumen, es importante señalar que, dado el carácter interdependiente de los derechos humanos (Ávila, Medina & Urdaneta, 2008), los problemas existentes en Venezuela, en el ámbito judicial, terminan añadiendo dificultades al comportamiento de variables relevantes en lo que concierne a lo económico. Todo eso se termina reflejando en una disminución de la calidad de vida de la sociedad venezolana, lo cual revela la importancia de superar los problemas del sistema judicial, planteados en este trabajo.

## Reflexiones finales

Se ha visto que las cuestiones fundamentales para el desempeño de los Estados Democráticos de Derecho pasan por tener un método de designación de jueces y magistrados cónsonos con las bases de la democracia como sistema político, tal como se señaló en el primer apartado de este documento. Toda democracia que se

precie de ser un orden de Derecho, ha de estar enlazada con las buenas prácticas políticas, que implican designar un gobierno judicial que esté alejado de presiones y compromisos más allá del principio democrático. El reto que tienen los países inscritos en dicho principio, es el de evitar a toda costa que sus jueces y magistrados ejerzan sus funciones alejados de la autonomía y la independencia, que son los pilares fundamentales de la democracia que rige un Estado de Derecho y de Justicia, como lo proclama la Constitución venezolana en su artículo 2.

Independientemente de cuál sea el modelo de gobierno judicial, lo que se impone como desafío a las democracias es la posibilidad de sortear las influencias del orden político en todo el método de designación de jueces y magistrados. Esto, de la mano de que el propio sistema jurídico legitime la actuación del poder legislativo como garante del cumplimiento de la democracia como valor y de la justicia como su instrumento. No hay democracia sin derecho, como no puede haber derecho sin democracia.

## Referencias

- Almagro, L. (2017). Informe de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos –OEA– sobre Venezuela. Recuperado de [https://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-056/17](https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-056/17)
- Ávila, F. & Ocando, H. (2011). El poder judicial venezolano como medio de tutela de los derechos humanos. *Revista Opción*, 27(66), 98-119.
- Ávila, F., Medina, J. & Urdaneta, A. (2008). Hacia una teoría de los derechos sociales y su justicia-bilidad. *Revista Cuestiones Políticas*, 24(41), 126-146.
- Ayala, C. & Casal, J. (2008). La evolución político-institucional de Venezuela 1975-2005. *Revista Estudios Constitucionales*, (2), 435-499.
- Brewer-Carías, A. (2005a). *La cuestión de legitimidad: ¿Cómo escoger los jueces de las cortes supremas?* Ponencia presentada en The Future of the European Judicial System. The Constitutional Role of European Courts, 6th International European Constitutional Law Network- Colloquium/International Association of Constitutional Law-Round Table, Berlín, Alemania.
- Brewer-Carías, A. (2005b). *La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del poder judicial en Venezuela (1999-2004)*. Texto presentado en Las XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar del Instituto de Investigaciones Jurídicas - Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, Venezuela.
- Capella, J.R. (1997). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*. Madrid: Editorial Trotta.

- Conferencia Episcopal Venezolana. (2015). Exhortación pastoral: renovación ética y espiritual frente a la crisis. Recuperado de <https://politikaucab.files.wordpress.com/2015/01/conferencia-episcopal-venezolana-exhoracic3b2n-pastoral-enero-2015.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Capítulo Venezuela. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Venezuela09.sp.htm>.
- Damiani, L. (2013). Historia del Poder Judicial venezolano: el reto del ingreso a la carrera judicial. Recuperado de <http://www.jdj.gob.ve/articulos/Historia%20del%20Poder%20Judicial%20venezolano.pdf>.
- Delgado Ocando, J.M. (1996). *Curso de Filosofía del Derecho Actual*. Caracas: Vadell Hermanos.
- Quiroga dice que nombramiento de jueces en Venezuela busca reducir la mayoría. (23 de diciembre de 2015). *Diario Las Américas*. Recuperado de <https://www.diariolasamericas.com/quiroga-dice-que-nombramiento-jueces-venezuela-busca-reducir-la-mayoria-n3530763>.
- Downs, A. (1957). *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper & Brothers Publisher.
- Duque Corredor, R. (2005). *La manipulación del estado de derecho como instrumento de consolidación de un proyecto político de concentración del poder en Venezuela*. Relación presentada en la Mesa Redonda “Lecciones prácticas de la crisis política venezolana”, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F.
- Habermas, J. (1997). El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia. En J.A. Gimbernat (Ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas* (pp. 23-34). Madrid: Biblioteca Nueva.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta.
- Human Rights Watch (16 de junio de 2014). Manipulando el Estado de Derecho: independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela. [Entrada de blog]. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/report/2004/06/16/manipulando-el-estado-de-derecho/independencia-del-poder-judicial-amenazada-en>.
- Lawyers Committee for Human Rights. (1996). Halfway to Reform: The World Bank and the Venezuelan Justice System. Recuperado de <https://cutt.ly/frLX0bd>.
- López Guerra, L. (2002). Reflexiones sobre los modelos de gobierno del poder judicial. En J. Vega Gómez & E. Corzo Sosa (Coord.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 247-262). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Louza, L. (2005). Relación entre Gobierno Judicial y Administración de Justicia. Reflexiones a la luz del caso “Venezuela”. Recuperado de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/14138.pdf>.

•El sistema de nominación del poder judicial y su influencia en el sistema político•

- Machado, G. (2015). *Política económica y marco constitucional en Venezuela: un análisis crítico*. Ponencia presentada en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional de la Universidad Externado, Bogotá, Colombia.
- Marín Quijada, E. (1988). *Carrera judicial y formación*. Papel de trabajo presentado en el Taller sobre programación de capacitación de jueces, ILANUD, San José, Costa Rica.
- Melgar, M. (1997). Consejo de la Judicatura Federal. Administración y función jurisdiccional. *Revista de Administración Pública*, (95), 1.
- Observatorio Venezolano de la Justicia (2016). Análisis de las normas de evaluación y concurso para el ingreso y ascenso a la función judicial. Recuperado de <https://www.accesoalajusticia.org/consideraciones-sobre-las-normas-de-evaluacion-y-concurso-de-oposicion-para-el-ingreso-y-ascenso-a-la-funcion-judicial/>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCReportVenezuela\\_1April-31July2017\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCReportVenezuela_1April-31July2017_SP.pdf).
- Olson, M. (2014). La lógica de la acción colectiva. En A. Battle (Comp.), *Diez Textos Clásicos de Ciencia Política* (pp. 203-220). España: Editorial Ariel.
- Pérez Perdomo, R. (1993). Crisis política y sistema judicial en Venezuela. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16, 95-112. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/101888>.
- Pérez Perdomo, R. (2004). Reforma judicial, estado de derecho y revolución en Venezuela. En L. Pásara (Comp.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina* (pp. 335-374). Lima: Consorcio Justicia Viva.
- Pérez Perdomo, R. (2006). Medio siglo de historia judicial en Venezuela (1952-2005). *Revista Cuadernos Unimetanos*, 11, 3-23. Recuperado de [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUNIMET/11/RDUNIMET\\_2007\\_11\\_3-24.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUNIMET/11/RDUNIMET_2007_11_3-24.pdf).
- Quintero, M. (1988). Justicia y Realidad. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela.
- Raynero, L. (Comp.). (2013). *Historia de la democracia. Ensayos*. Caracas: El Nacional.
- Rengel-Romberg, A. (2003). *Estudios Jurídicos*. Caracas: Academia de las Ciencias.
- Rondón de Sansó, H. (1996). Participación de los jueces nacionales en la interpretación prejudicial del ordenamiento jurídico andino. *Revista Jurídica Online*, (12), 105-127. Recuperado de [https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1996/09/12\\_Participacion\\_de\\_Jueces\\_Nacionales\\_Interp\\_Prejuicial.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1996/09/12_Participacion_de_Jueces_Nacionales_Interp_Prejuicial.pdf).
- Roche, C., Richter, J. & Pérez, N. (2002). *Los excluidos de la justicia en Venezuela*. Caracas: Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia.
- Ron, R. & Lousada, P. (2017). Los Consejos de la Magistratura y otros modelos de gobierno judicial. *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, 21, 300-313.

- Silva García, G. (2009). Teoría Sociológica sobre la Profesión Jurídica y Administración de Justicia. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, 12(23), 71-84.
- Tribunal Supremo De Justicia, Sala Plena. (28 de septiembre de 2005). Normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la carrera judicial.
- Vilera, M. (2009). El acceso a la función judicial en Venezuela. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, (15), 13-36. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17721678002>>.
- Villalobos Antúnez, J.V. (2001). Derecho, racionalidad y el supuesto metodológico de la Modernidad. *Utopía y praxis latinoamericana*, 6(12), 64-82.
- Villalobos Antúnez, J.V. (2016). Justicia y teoría política: una cuestión de pluralismo. *Revista Opción*, 32(80), 7-10. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31047691001>.
- Villalobos Antúnez, J.V & Bozo, F. (2010). El discurso jurídico y la tesis de indeterminación del derecho de J. Habermas. *Frónesis*, 17, 379-397. Recuperado de <http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/fronesis/article/view/16499>.
- Villalobos Antúnez, J. V. & Ganga, F. (2016). Derechos sociales fundamentales: consideraciones iusfilosóficas de sus dilemas. Aproximación utópica desde la Bioética Global. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 21(75), 93-111. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27950107010>.







**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vigilada Mineducación

Editado por Universidad Católica de Colombia  
en julio de 2020, en papel propalibros de 75 g, en  
tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital  
Hipertexto Ltda.

Impreso por:  
Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A. S.

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

## Derechos humanos, democracia y poder judicial

¿Cómo se mide la calidad democrática? En términos Hoffedianos, la respuesta deviene en grados de legitimidad. Empero, en una hipótesis plausible, aparecen como variables necesarias los derechos humanos y la función judicial. En este sentido, posturas de posguerra como las del *soft law* y el Nuevo Derecho vindican en el juez la asignación del rol de garante de los derechos fundamentales, al proyectar la noción de garantías secundarias como condición de legitimidad.

Por un lado, la función judicial permite validar las condiciones de legitimidad democrática desde arquetipos como el de las sentencias progresistas. Por otro, la creación judicial permite la nominación de derechos fundamentales en correspondencia con los requerimientos sociales. Sin embargo, existen críticas a la legitimidad democrática de dicha función desde la revisión judicial de las leyes.

En el presente libro, los autores aparejan las variables derechos humanos y función judicial, con la finalidad de promover herramientas teóricas útiles para medir la calidad democrática.

